

# DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO. VERTIDOS ILEGALES. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

**JULIO GALÁN CÁCERES**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de la Defensa y  
Profesor del CEF*

**Palabras clave:** dominio público hidráulico, vertidos, procedimiento sancionador, extranjería, permisos de trabajo.

## **ENUNCIADO**

Se significa que el presente supuesto fue propuesto en el proceso selectivo, entre juristas de reconocida competencia con más de 10 años de ejercicio profesional en las materias objeto del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, para el acceso a la carrera judicial por la categoría de Magistrado, convocado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 13 de octubre de 2005.

Siendo las 3,00 horas del día 4 de julio de 2001, el Guardia Forestal don Ángel Bosque del Campo, que regresaba, al mando de un Retén Forestal, a la localidad de Montoro (Córdoba), donde tenía su base de operaciones, sorprendió a cinco camiones cisterna, propiedad de la entidad Aceites Andaluces, S.A., con domicilio en la ciudad de Andújar (Jaén), vertiendo en el río Guadalquivir determinados productos tóxicos procedentes de las explotaciones de la mencionada entidad mercantil.

Tras recriminar a los conductores de los camiones su actuación, y tomar nota de las características, indicativos y matrículas de los mismos, puso los hechos y los datos, de inmediato, sin conocimiento del Guarda Mayor de la Guardería Fluvial de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, Don Pedro del Río Mayor, que acudió al lugar de los vertidos indicado por el Guardia Forestal, en el que ya no se encontraban los camiones, detectando un fuerte olor a productos químicos y tomando unas muestras del agua del río en el lugar de los hechos y en varios lugares río abajo.

Los análisis efectuados confirmarían la presencia de determinados productos –que fueron calificados de tóxicos tras su análisis–, detectándose, días más tarde, la presencia de numerosos peces muertos en la orilla del río, en la que se acumulaba una abundante espuma, que afectaba a la vegetación existente en las mismas orillas.

La Guardería Fluvial levantó Acta de inspección de los hechos constatados y lo puso en conocimiento de la Confederación Hidrográfica, cuyo Presidente incoaría un procedimiento sancionador, en fecha 5 de enero de 2004; procedimiento que, basándose únicamente en el Acta de Agente de la Guardería Fluvial y en los análisis toxicológicos, concluiría mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 2 de julio de 2004 (y notificado en fecha 10 de enero de 2005) por el que se resolvió la imposición a la entidad Aceites Andaluces, S.A. de una sanción, por importe de 601.012 euros, además de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados al dominio público hidráulico (que se cifraron en 300.000 euros) y de reponer las cosas a su estado anterior (lo cual se cifró en 25.000 euros). Al no acometer Aceites Andaluces la restauración de los daños causados en el plazo otorgado se procedió, previo apercibimiento, a la imposición de las multas coercitivas previstas en la legislación aplicable de forma conjunta con la sanción impuesta.

Por otra parte, y al mismo tiempo, la Guardería Fluvial pondría los hechos en conocimiento del SEPRONA de la Guardia Civil quien, tras la confección del correspondiente atestado, formularía denuncia por delito contra el Medio Ambiente en el Juzgado de Instrucción de Montoso que, en fecha de 10 de mayo de 2002, procedería a incoar Diligencias Previas, las cuales -a petición del Ministerio Fiscal- serían provisionalmente sobreesidas en fecha de 1 de septiembre de 2004, a pesar de considerarse que el vertido había perjudicado gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y había provocado, además, un grave riesgo para la salud de las personas por su incidencia en elementos de consumo y de contaminación de las aguas de una zona de baño.

Como quiera que la notificación efectuada no indicaba la posibilidad de interposición de recurso administrativo alguno –y tan solo mencionaba la vía contencioso-administrativa, pero sin indicación de órgano jurisdiccional concreto–, la entidad sancionada optó por formular, en fecha 7 de febrero de 2005, recurso que calificó como de Alzada para ante la Presidencia del Gobierno. Al no obtener respuesta expresa, en fecha 8 de diciembre de 2005, interpondría recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Contencioso-Administrativo de Jaén.

#### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Valore desde una perspectiva jurídico-administrativa la actuación de los diversos agentes y órganos administrativos intervinientes, fundamentalmente, dentro del procedimiento sancionador.
2. Valore la actuación en la vía administrativa y jurisdiccional de la entidad sancionada.

3. Tome en consideración la posibilidad de que el guardia forestal que contempló los hechos y que había sido contratado de temporada con la Junta de Andalucía, había sido despedido con fecha 3 de julio de 2001.
4. Tome en consideración la posibilidad de que el guardia forestal que contempló los hechos y que tenía un contrato de temporada con la Junta de Andalucía para la extinción de los incendios veraniegos hubiera sido despedido con fecha 3 de julio de 2001, pues siendo de nacionalidades ecuatoguineana no contaban a la fecha del contrato (1 de julio de 2001) con permiso de residencia y trabajo en vigor, no obstante haberlo solicitado con antelación al vencimiento del permiso inicial.

## **SOLUCIÓN**

1. Lo primero que debemos señalar es que, sin perjuicio de la legislación administrativa general aplicable a los hechos –muy especialmente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su Título IX referido a la potestad sancionadora, así como el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora al que precisamente se remite el artículo 327.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH), sin perjuicio de las especialidades sancionadoras previstas en el mismo–, desde el punto de vista de la legislación sectorial, será de aplicación preferentemente el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), así como el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el RDPH.

Realizada esta aclaración previa, debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones para dar respuesta adecuada a las cuestiones que se plantean en esta primera pregunta:

### *A. Concepto de contaminación.*

Se determina en el artículo 93 del TRLA, como la acción y el efecto de introducir materias o formas de energía, o inducir condiciones en el agua que, de modo directo o indirecto impliquen una alteración perjudicial en su calidad en relación con los usos posteriores con la salud humana o con los ecosistemas acuáticos o terrestres directamente asociados a los acuáticos; causen daños a los bienes; y deterioren o dificulten el disfrute y los usos del medio ambiente.

Resulta obvio que la conducta que se describe en el relato de los hechos tiene encuadre en este concepto legal de contaminación, pues se nos indica literalmente: «Se estaban vertiendo al río Guadalquivir determinados productos tóxicos por parte de cinco camiones..., y había un fuerte olor a productos químicos..., que los análisis de agua efectuados confirmarían la presencia de determinados productos tóxicos..., y que en días posteriores se constató la presencia de numerosos peces muer-

tos en las orillas del río, en los que se acumulaba una abundante espuma, que afectaba a la vegetación existente en las mismas orillas».

Debemos señalar que el artículo 234 del RDPH prohíbe, en su apartado a), efectuar vertidos directos o indirectos que contaminen las aguas.

#### *B. Policía de aguas.*

Se refiere a ella el artículo 94 del TRLA, señalando que se ejercerá por la Administración Hidráulica competente.

En el apartado cuarto de este artículo se establece literalmente que: «Los hechos constatados por los funcionarios de la escala de agentes medioambientales, que se formalicen en las correspondientes actas tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados».

Por su parte, en el apartado cinco señala que «los guardias fluviales realizarán labores de apoyo y asistencia a los agentes medioambientales en el ejercicio de sus funciones de policía de agua».

#### *C. Actuación del guardia forestal don Ángel del Bosque Campo.*

Esta persona pertenece a la policía forestal y de defensa de la naturaleza a que se refiere el artículo 58.1 a) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, y, por tanto, no tenía, en principio, competencias específicas en materia de aguas, sino que más bien esta competencia se ejercita por la citada policía de aguas.

Sin embargo, obró correctamente al tomar nota de las características, indicativos y matrículas de los camiones y conductores que vertían productos tóxicos al agua y que, por tanto, en principio, estaban cometiendo un presunto ilícito penal o administrativo. Igualmente fue correcta su actuación cuando, con posterioridad, comunica estos hechos a un miembro de la policía de aguas, como era el Guardia Mayor de la Guardería Fluvial de la Confederación Hidrográfica. Esta Guardería Fluvial levantó acta de inspección de los hechos y los puso en conocimiento de la Confederación Hidrográfica a los efectos oportunos.

#### *D. Confederación Hidrográfica.*

Se trata de un Organismo Autónomo perteneciente a la Administración General del Estado, según lo dispone el artículo 22.1 del TRLA.

Esta Confederación la forman la Junta de Gobierno y el Presidente (art. 26.1).

Entre las funciones de la Junta de Gobierno se enumera la de informar las propuestas de resolución por infracciones graves o muy graves, cuando los hechos de que se trate sean de una especial trascendencia para la buena gestión del recurso en el ámbito de la cuenca hidrográfica (art. 28).

Entre las funciones del Presidente del organismo de Cuenca está la de desempeñar la superior función directiva y ejecutiva del organismo y el ejercicio de funciones no atribuidas expresamente a otros órganos [art. 30 d) y e)].

*E. Incoación del procedimiento sancionador el día 5 de enero de 2004.*

Del mismo debemos tener en cuenta lo siguiente:

a) Inicio del procedimiento por el Presidente del Organismo.

Se inicia de oficio, por acuerdo del órgano competente por denuncia de la Guardería Fluvial del Organismo de Cuenca (arts. 11 del RD 1398/1993 –respecto a la iniciación de oficio– y 328.1 y 2 del RDPH –respecto a la competencia para la incoación del procedimiento sancionador por parte del Presidente del Organismo de Cuenca–).

b) ¿Se había producido la prescripción de la infracción cometida?

Parece que la infracción por la que se sanciona es por una muy grave, pues el artículo 117 del TRLA contempla la cuantía de la multa impuesta (601.012 euros) como la máxima a imponer en esta materia, siendo competencia del Consejo de Ministros.

El artículo 327.1 establece los plazos de prescripción, mediante su remisión al artículo 132 de la Ley 30/1992, es decir, por infracción muy grave el plazo es de tres años. En este caso, los hechos ocurren el día 4 de julio de 2001 y el procedimiento se inicia el día 5 de enero de 2004; luego, en consecuencia, la infracción, en ese momento, no había prescrito.

c) Procedimiento resuelto basándose únicamente en el acta del agente de la Guardería Fluvial y en los análisis toxicológicos.

En principio, no parece que una resolución, en estas circunstancias, pueda ser del todo ajustada a derecho por las siguientes razones:

- Esa acta, para que tuviera la presunción de certeza que le otorga la Ley, en el artículo 94.4, exige que se formulara por un agente medioambiental, y no por un guardia fluvial que es un mero órgano de apoyo y asistencia de aquellos. Además, se presume la certeza de los hechos constatados por funcionarios públicos a quienes se reconozca la condición de auto-

ridad y que se formalicen en documento público. Pero esto ha de entenderse sin perjuicio de que las pruebas que el expedientado pueda aportar en defensa de sus derechos desvirtúen lo recogido en el acta. Este privilegio no supone una inversión de la carga de la prueba, sino que los citados documentos son medios de prueba de cargo, medio que no es incompatible ni excluyente con otros distintos, respecto de los cuales no tiene valor preferente. Es perfectamente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española. Pero la valoración conjunta de la prueba puede arrojar resultados contrarios al contenido de tales documentos. Por eso, estos documentos no son indiscutibles y no son de valor superior o preferente a otros medios de pruebas. De ahí que el hecho de que el denunciante no tenga en sentido estricto la condición de funcionario público o autoridad no resta presunción de certeza a los hechos constatados en sus denuncias, por quien desempeña una función pública. Es el caso de los Guardias Fluviales de las Confederaciones Hidrográficas.

- El propio artículo 329 del RDPH obliga al guardia fluvial a entregar copia del parte de denuncia a los denunciados, cosa que aquí no se hizo, al menos al principio, porque cuando se personó en el lugar de los hechos aquellos lo habían abandonado.
- Teniendo en cuenta todo lo indicado y el principio contradictorio del procedimiento, no parecen bastar una denuncia y un mero análisis para servir, exclusivamente, como material probatorio que justifique una resolución sancionadora. Hubiera sido precisa, la ratificación de la denuncia, declaración, en su caso, de los implicados y otros medios de pruebas que acreditaran la realidad de lo denunciado.

En conclusión, al resolver exclusivamente teniendo en cuenta lo indicado, parece que se ha podido causar una indefensión al interesado al conculcarse un principio básico y fundamental como es el de presunción de inocencia y de defensa, que gozan de la condición y protección propias de un derecho fundamental, y que rigen, sin excepciones, en el ordenamiento jurídico sancionador, y han de ser respetados en la imposición de cualquier sanción, ya sea penal o administrativa.

Conforme este principio no puede imponerse sanción alguna sin razón de la culpabilidad del imputado si no existe una actividad probatoria de cargo que, en la apreciación de las autoridades u órganos llamados a resolver, destruya esa presunción (ATC de 3 de diciembre de 1981).

En este sentido, comporta las siguientes consecuencias:

- Que la sanción ha de estar basada en actos o medios probatorios de cargos o intimidadores de la conducta reprochada.
- Que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia.
- Que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

- La destrucción de la presunción de inocencia exige que la resolución sancionadora contenga un denominado juicio de culpabilidad. Este juicio de culpabilidad debe contener la imputación subjetiva, la tipificación y antijuricidad, el grado de culpabilidad y la sancionabilidad.

d) Sanción impuesta por el Consejo de Ministros.

Al tratarse de infracción muy grave, e imponerse, como hemos visto con anterioridad, en su cuantía máxima, efectivamente, en virtud del artículo 117.2 del TRLA era el órgano competente para imponer esa sanción.

Como se impone en su grado máximo habría que motivar el porqué, es decir, qué circunstancias han incidido para ello (art. 20 del RD 1398/1993). Porque la motivación abarca, no solo a la infracción cometida, sino también a la sanción impuesta, en virtud del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 131 de la Ley 30/1992.

e) ¿Cuál es la infracción cometida?

Nada se especifica en el relato de hechos. El artículo 117.1 del TRLA señala literalmente que: «Las infracciones se calificarán reglamentariamente en leve, menos graves, graves o muy graves, atendiendo a su repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como el deterioro producido en la calidad del recurso...».

Por su parte, el artículo 116 f) del TRLA considera, en su apartado f), infracción menos grave, los vertidos que puedan deteriorar la calidad de las aguas, sin contar con la autorización correspondiente; y en el apartado g) el incumplimiento de prohibiciones establecidas en la ley o la omisión de los actos a que obliga.

El artículo 100 del TRLA exige la autorización de vertido susceptible de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico.

Pues bien, observamos que el daño producido según el relato de hechos se elevó a 300.000 euros (50 millones de pesetas); para faltas muy graves se exige que el daño excediera de los antiguos 7.500.000 pesetas, por lo tanto, la sanción impuesta es ajustada derecho. De acuerdo con el artículo 132 de la Ley 30/1992, las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si estas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, así pues y como los hechos ocurrieron el día 4 de julio de 2001 y el procedimiento sancionador se inicia el 5 de enero de 2004, no había transcurrido el plazo de tres años previsto para las infracciones muy graves y por tanto la infracción no ha prescrito.

Finalmente, señalar que el artículo 105 del TRLA se refiere a los vertidos no autorizados, señalando que, en ese caso, el organismo de Cuenca ordenará:

- Iniciar un procedimiento sancionador y de determinación del daño causado.
- Liquidación del canon de vertido conforme al artículo 103.

f) Obligación de reparar los daños causados y reposición de la situación al estado anterior de la infracción.

Es algo previsto e impuesto por el artículo 118 del TRLA. Permite la vía de apremio, en su caso, para su exigencia. La misma previsión establece el artículo 323 del RDPH.

Finalmente, el artículo 327.1 del RDPH establece la obligación de reponer las cosas a su estado primitivo o de reparar los daños causados al dominio público hidráulico, estableciendo un plazo de prescripción de 15 años.

g) Imposición de multas coercitivas de forma conjunta con la sanción impuesta.

El artículo 99 de la Ley 30/1992, en su apartado primero, señala que: «Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que estas determinen, las administraciones públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado en los siguientes casos:

- Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa.
- Actos en que procediendo la compulsión, la administración no lo estimare pertinente.
- Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona».

En su apartado segundo, señala que: «La multa coercitiva es independiente de las sanciones que pueden imponerse con tal carácter y compatible con estas».

Por tanto, las multas coercitivas no se fundamentan en su carácter sancionatorio, sino que son un correlato de la autotutela ejecutiva de la Administración expresamente declarada constitucional por el Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, 22/1984, de 17 de febrero, 137/1998, de 17 de octubre y 239/1988, de 14 de diciembre.

Por su parte, tanto el artículo 119 del TRLA, como el 324.1 del RDPH, señalan que: «Los órganos sancionadores podrán imponer multas coercitivas, en los supuestos contemplados en la Ley 30/1992. La cuantía de cada multa no superará, sin ningún caso, el 10% de la sanción máxima fijada para la infracción cometida».

Lo que ocurre en este caso es que resulta dudoso que pueda aplicarse, al menos en toda su extensión y por todos los conceptos, este instrumento de la multa coercitiva porque puede que no concurren todos los requisitos exigidos por la Ley 30/1992.

En primer lugar, si la multa impuesta no es abonada, lo lógico es poner en marcha el procedimiento previsto en el artículo 97 de la propia Ley 30/1992, consistente en el apremio sobre el patrimonio, es decir, en su caso, finalizar subastando sus posibles bienes para hacer efectiva la multa.

En segundo lugar, al no acometer la entidad sancionada la restauración de los daños causados en el plazo otorgado, parece que debió ponerse en marcha el procedimiento de ejecución forzosa del artículo 98, es decir, la ejecución subsidiaria, consistente en que la administración ejecuta por sí o a través de tercero lo necesario imputando los gastos ocasionados a la entidad sancionada.

Sin embargo, respecto a esta segunda exigencia, no parece que fuese totalmente imposible la multa coercitiva, con carácter sustitutorio al anterior medio de ejecución forzosa. Lo que sí afirmo es que parece más efectivo desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones a que resulta obligado a la entidad sancionada, poner en marcha los otros procedimientos de ejecución forzosa señalados.

h) ¿Se había producido la caducidad del procedimiento sancionador?

Según el artículo 332 del RDPH, el plazo para resolver el procedimiento sancionador no excederá de un año computado a partir del inicio del expediente.

En realidad, el plazo a computar no solo lo es para resolver, sino también para notificar la resolución dictada, según lo dispone el artículo 43 de la Ley 30/1992.

En este caso concreto, el procedimiento se inició el día 5 de enero de 2004, se resuelve el día 2 de julio de 2004 y se notifica el día 10 de enero de 2005.

Por ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, se debió declarar la caducidad y el archivo del expediente porque había transcurrido ese plazo del año señalado, con independencia de que hubiera podido producirse alguna causa de suspensión o interrupción legal del procedimiento, en cuyo caso, habría que descontar del cómputo total de duración del procedimiento ese tiempo en que estuvo suspendido o interrumpido el mismo.

i) ¿Se infringe el principio de legalidad, o reserva de ley establecido tanto en el artículo 25 de la Constitución, como en el artículo 129 de la Ley 30/1992, que establecen la obligación de que las normas definidoras de infracciones y sanciones deben tener rango de ley?

En este caso, es cierto que el TRLA contempla en su artículo 116 las acciones constitutivas de infracción; en concreto, señalando en su apartado f) los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua, y en el g) el incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la presente ley o la omisión de los actos a que obliga.

Sin embargo, no enumera cuáles son las infracciones leves, menos graves, graves o muy graves, sino que en su artículo 117 señala que las citadas infracciones se calificarán reglamentariamente en una de esa clase, atendiendo a una serie de factores. Es decir, remite a la vía reglamentaria para la calificación de la gravedad de las infracciones.

Y efectivamente, el RDPH en su artículo 315, enumera las infracciones de carácter leve, el 316 las más graves y el 317 acude, con carácter general, a la cuantía del daño para calificar la infracción de grave, si no supera las antiguas 750.000 pesetas, y muy grave, si no superan la cuantía de los 7.500.000 de las antiguas pesetas.

Ante ello nos podemos preguntar, si no invade la norma reglamentaria un campo vedado a la ley por imperativo de los artículos 25 de la Constitución Española y 129 de la Ley 30/1992, es decir, ¿no hace la ley una remisión casi en blanco al Reglamento?, lo cual está prohibido por ordenamiento jurídico.

La función de las normas reglamentarias, respecto al principio de reserva legal y de tipicidad, se señala en el artículo 129.3 de la Ley 30/1992, que dispone: «Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de los que la ley contempla contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes».

Por su parte, señala el artículo 25.1 de la Constitución Española que: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

Como consecuencia de este reconocimiento constitucional, se ha construido una doctrina legal por el Tribunal Constitucional sobre el alcance contenido del principio de legalidad que pretende una doble garantía: por un lado, de carácter material y que consiste en la certeza mediante la predeterminación normativa de infracciones y sanciones, y por otra parte, de carácter formal, exigiéndose que la tipificación de infracciones y sanciones se haga en una norma con rango de ley.

La garantía formal no tiene carácter absoluto, de forma que cabe admitir un desarrollo reglamentario, quedando proscrito el reglamento independiente así como las remisiones en blanco al reglamento.

Sin embargo, sí debe especificarse que la entrada en vigor de la Constitución no permitió la aplicación retroactiva de la reserva de ley a las disposiciones normativas en las que cuando fueron promulgadas, no existía tal reserva de ley. Sin embargo, sí que cesaron las normas preconstitucionales que en vigor tras la Constitución permiten crear infracciones y sanciones por reglamento, es decir que conlleven una de deslegalización de la materia. (STC 42/1987 de 17 de abril).

Naturalmente, la interpretación de estas cuestiones, en ocasiones, no es tan fácil de dilucidar. Sin embargo, debemos señalar que sí son admisibles determinadas remisiones de la ley al reglamento que tratan de permitir una mayor precisión de las sanciones, o concreción de conceptos jurídicos indeterminados dentro del mandato de una ley.

Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1996 que «... ha de ser la ley la que diga cuáles son las conductas que hay que considerar como infracciones administrativas y atribuir a esas infracciones la sanción correspondiente. Necesariamente hay que distinguir en esta materia, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Mientras que en el Derecho Penal el problema de la tipificación de los delitos y faltas y la atribución de las penas puede, con facilidad, hacerse individualizadamente, no sucede lo mismo en el campo del derecho administrativo sancionador, en que la cuestión es mucho más compleja; esto explica que, a veces, la individualización de las infracciones administrativas y, sobre todo, la de las sanciones, no sea siempre posible... Debe ser la ley la que introduzca los elementos básicos y definitorios de las infracciones y sanciones administrativas... La tipificación de las infracciones, la graduación o escala de las sanciones y la correlación de unas y otras, han de ser de tal modo que permita identificar, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta...».

Por otro lado, otra realidad innegable en esta relación entre la ley y el reglamento es que se hace más intensa cuando nos encontramos ante relaciones especiales de sujeción, que no es el caso que analizamos.

En el supuesto que se analiza, como se ha demostrado con la vigencia desde su promulgación del RDPH, parece que se respeta ese principio de legalidad o reserva de ley, al regular como lo hace la determinación de las infracciones y de las acciones, porque el TRLA contempla las infracciones, señala al reglamento para la calificación individualizada y es este el que, finalmente, realiza esta calificación, acudiendo a una serie de factores, entre los que destaca la cuantía del daño ocasionado.

De cualquier forma es una cuestión que puede ser sometida a discusión y que en caso de que se decidiera por recurrirse la sanción impuesta, podría recurrirse igualmente de forma indirecta el RDPH (como disposición administrativa general que es), a tenor de lo previsto en los artículos 26 y 27 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), por estar en presencia de una posible ilegalidad de la citada disposición. Este recurso habría que interponerlo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, a tenor de lo previsto en el artículo 12.1 a) de la LJCA, al tratarse de un Real Decreto ejecución de una ley dictado por el Consejo de Ministros.

También podría optarse por el recurso para la protección de los derechos fundamentales de las personas, regulado en los artículos 114 a 122 de la LJCA, porque presumiblemente pudiera haberse vulnerado un derecho susceptible de recurso de amparo constitucional, como es el artículo 25.1 de la Constitución Española (art. 53 de la Constitución Española).

j) Procedimiento penal, por delito contra el medio ambiente, incoado el día 10 de mayo de 2002, sobreseído provisionalmente el día uno de septiembre de 2004, cuando tuvo conocimiento de la sanción administrativa impuesta.

Cuando se inició el procedimiento penal y acreditada la identidad de hechos, sujetos y fundamento, entre la posible infracción penal y administrativa, el órgano competente para la resolución del procedimiento, según el artículo 7.º 2 del Real Decreto 1398/1993, que regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que en este caso lo era el Consejo de Ministros, debió suspender el procedimiento administrativo hasta que recayera resolución judicial. Parece que en este caso no ocurrió esto, ignoramos si porque la Administración desconocía la existencia del proceso penal, o bien, porque conociéndolo no quiso suspenderlo, en cuyo caso hubiera incumplido el deber que imponía el mencionado precepto legal.

El sobreseimiento provisional penal basado en que los hechos ya se sancionaron en vía administrativa, solo por este exclusivo motivo, no parece ajustado a derecho, puesto que el proceso penal ejercía *vis atractiva* sobre el administrativo, que fue el que debió suspenderse; por tanto, debió proseguirse con el procedimiento penal hasta su finalización definitiva, y una vez acabado, continuar, si no hubo condena por estos hechos, con el procedimiento administrativo sancionador.

Por otra parte, si se lee el relato de hechos detenidamente no cabe duda de que las diligencias penales tramitadas consideran como hecho probado que el vertido había perjudicado gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, y había provocado, además, un grave riesgo para la salud de las personas por su incidencia en elementos de consumo y la contaminación de las aguas de una zona de baño. Parece pues deducirse que existieron varios posibles bienes jurídicos protegidos vulnerados por la conducta de los conductores del camión, de donde podemos extraer la consecuencia de que, posiblemente, había motivos para procedimientos penal y administrativo y, en todo caso, por la gravedad de los hechos parece que debía haber continuado el procedimiento penal, el cual podría concluir con sobreseimiento definitivo, apertura de juicio oral o sobreseimiento provisional, pero por otro motivo distinto al que se refiere el caso, en concreto, porque había existido sanción administrativa. Esto no parece motivo para un sobreseimiento provisional en materia penal.

En conclusión, debemos decir que de haber continuado el procedimiento penal eran posibles estas consecuencias:

1. Que el procedimiento penal finalice señalando que no existió infracción alguna. En este caso, debe continuar el procedimiento administrativo sancionador, siendo válida por tanto la resolución sancionadora desde esta perspectiva exclusivamente:

- Que el procedimiento penal finalice con sanción tan solo de equipo económica por importe superior a la impuesta en vía administrativa. En este caso, se deberá completar esa sanción económica por la diferencia entre la impuesta en una vía y en otra.
- Que el procedimiento penal finalice con sanción económica inferior a la impuesta en el procedimiento administrativo sancionador. En este caso, se le devolverá la diferencia a la entidad sancionada con previa revisión del procedimiento administrativo para su anulación, porque de no hacerse así se vulneraría el principio de *non bis in idem* o «prohibición de concurrencia de sanciones», señalado en el artículo 133 de la Ley 30/1992.

2. Al respecto, debemos distinguir lo siguiente:

- a) Que la notificación fue irregular porque tardó más de 10 días en hacerse (si lo equiparamos a cursarse) desde que el acto fue dictado.
- b) Recordamos que en la notificación de la sanción impuesta no indicaba la posibilidad de interposición de recurso administrativo alguno. El acto del Consejo de Ministros agotaba la vía administrativa, a tenor de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Esto suponía que contra ese acto administrativo solo cabía recurso potestativo administrativo de reposición (art. 116 de la Ley 30/1992), o bien directamente recurso contencioso-administrativo ante Sala Tercera del Tribunal Supremo como hemos visto con anterioridad.
- c) Sí menciona la posibilidad de recurso jurisdiccional, pero no especifica ante qué órgano en concreto. Como ya hemos dicho, sería ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al provenir el acto del Consejo de Ministros.
- d) Respecto al recurso de alzada interpuesto ante la Presidencia del Gobierno el día 3 de octubre de 2004, debemos señalar que es un recurso improcedente, pues de tratarse de recurso administrativo solo cabía como ya hemos señalado anteriormente el recurso de reposición. Ahora bien, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, en el sentido de que el error en la calificación del recurso no será obstáculo para su tramitación si se deduce de su contenido su verdadero carácter, la Presidencia de Gobierno podría remitir el recurso al Consejo de Ministros para su resolución. Queremos recordar que el recurso no es extemporáneo porque la resolución sancionadora se le notificó el día 10 de enero de 2005 y el recurso lo interpone el día 7 de febrero de 2005, con independencia, además, de que al estar en presencia de una notificación defectuosa porque no se le indicó dónde podía recurrir, el plazo para ello estaba abierto sin límite de tiempo hasta que el interesado interpusiera el recurso procedente.

Si por el contrario, la Presidencia del Gobierno no hace esta remisión del recurso al órgano competente, deberá resolver la no admisión del mismo.

- e) Con respecto al recurso contencioso-administrativo interpuesto el día 8 de diciembre de 2005, debemos señalar que, en principio el plazo para interponer el recurso, si la resolución

es expresa, es de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la resolución, y de seis meses, desde el día siguiente a aquel en que se produzca el acto presunto.

En este caso, la sancionada interpuso un recurso administrativo del 7 de febrero de 2005, que fue el ya mencionado dealzada ante la Presidencia del Gobierno, recurso que como analizamos, fue equivocado pues no procedía el mismo. Pero como al parecer, no se hizo la remisión del escrito de recurso al órgano competente, el recurso debió ser resuelto no admitiéndose. Al no producirse respuesta alguna estamos ante el silencio administrativo desestimatorio a que se refiere el artículo 115.2 de la Ley 30/1992. Este silencio se produjo el día 7 de mayo de 2005. Por tanto, a partir del día siguiente, día 8 de mayo tenía seis meses para interponer recurso contencioso-administrativo cuyo plazo vencía el día 8 de noviembre de 2005, que hay que prorrogar hasta el día 8 de diciembre de 2005, porque según dispone el artículo 128. 2 de la LJCA, hay que descontar el mes de agosto al considerarse inhábil ese mes en vía contencioso-administrativa. En conclusión, el recurso no es extemporáneo y estaba interpuesto en plazo.

Ahora bien, no se interpone ante el órgano jurisdiccional competente, pues lo hace ante el Juzgado de lo Contencioso, cuando el órgano competente lo era la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 12.1 a) de la LJCA.

Con independencia de todo lo indicado respecto al recurso contencioso-administrativo contra el acto presunto a que se ha hecho referencia, debemos tener en cuenta las Sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de octubre de 2005 y de 16 de enero de 2006, así como la importante Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, que establece la obligación de informar a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que puede producir el silencio administrativo, si se quiere que compute el plazo de seis meses a que se refiere el artículo 46 de la LJCA para poder recurrir actos presuntos de la administración. Si la Administración no ha efectuado esta información al interesado, el plazo para recurrir se mantiene abierto ilimitadamente.

3. Desde el punto de vista administrativo, respecto al procedimiento sancionador en sí, y sin perjuicio de las consecuencias laborales y de otra índole, escasa incidencia en esta circunstancia en todo lo que llevamos analizado.

Si fue despedido el día 3 de julio quiere decirse que el día que ocurrieron los hechos, cuatro de julio, ya no ostentaba la condición de guardia forestal con la especial protección que para su cometido le dispensa la normativa sobre la materia, en especial la presunción de certeza de los hechos que pueda constatar en las oportunas actas.

Pero recordamos que su actuación, en este caso, fue recriminar a los conductores del camión el vertido que estaban haciendo, así como tomar nota de las características, indicativos y matrículas de aquellos camiones, poniendo, a continuación, todos estos datos en conocimiento de la guardería

fluvial de la Confederación Hidrográfica que era la competente para actuar en este caso, como efectivamente así lo hizo.

Otra cuestión es que, a sabiendas de que ya no era guardia forestal, ejerciera como tal, se atribuyera intencionadamente esta condición, se identificara como tal ante los autores de los hechos; en este caso, no cabe duda de que podrían existir infracciones de naturaleza penal, tales como usurpación de funciones u otro tipo delictivo.

Careciendo de esa condición de guardia forestal, desde el punto de vista de nuestras actuaciones, en principio, habría de considerarse como si se tratara de una persona privada que ponía en conocimiento de los órganos competentes unos hechos contemplados constitutivos de posible infracción administrativa y que, con posterioridad, origina una denuncia de la guardia fluvial que sirve de base para la instrucción del procedimiento sancionador. En principio, no hay ninguna ilegalidad al respecto.

Otra cuestión es que como consecuencia de esa presunta usurpación de funciones que ya no le correspondían se hubieran obtenido ilícitamente los datos, es decir que estuviéramos en presencia de una prueba ilícita. Si esto es así, afectaría a la presunción de inocencia y al derecho de la defensa de la entidad imputada y luego sancionada. Porque debemos recordar que cuando el miembro de la guardia fluvial acude al lugar de los hechos, ya no están los autores de los mismos, y no ha podido identificarlos, luego el acta de inspección se levanta con los datos que proporciona el guardia forestal que ya no lo era, aunque también constata personalmente un olor a tóxico en el río, peces muertos en su orilla y espuma en el agua. Por tanto, directamente tuvo conocimiento también de ciertos hechos importantes.

Como ha establecido el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de febrero de 2005 una prueba ilícita no invalida la sanción si esta se fundamenta en otra lícita e independiente. Este elemento de la independencia o no, lógicamente, es discutible. En este caso nos inclinamos a pensar que no, es decir, que existe una cierta conexión de antijuricidad, porque el guardia fluvial, por su cuenta, constató unos hechos incuestionables que de por sí suponían la existencia de presunta infracción administrativa. Lo único que no pudo constatar fue la autoría de los hechos, de la cual tiene conocimiento a través de la persona que había dejado de ser guardia forestal. Pero considerando esta persona como persona privada o bien completando las pruebas por él realizadas con otras dentro del procedimiento administrativo, como puede ser la declaración de los autores de los hechos, creemos que no acarrea motivo de anulación alguna su actuación en los hechos y la posterior resolución sancionadora basada en el acta que levanta la guardia fluvial y el resultado de los análisis realizados en el agua contaminada.

Es cierto que los hechos relatan que la resolución sancionadora se basó tan solo en el acta que levanta la guardia fluvial y en el análisis y resultado realizado en esas aguas. Parece que debieron complementarse estas cuestiones con otras diligencias de pruebas llevadas a cabo en el procedimiento para un mejor respeto de los principios contradictorios y de presunción de inocencia. Pero no es una cuestión que pueda recibir una respuesta única en todos los casos, sino que habría que analizar

la incidencia de la ausencia de otras pruebas en el procedimiento, para valorar su importancia y si aquellos derechos constitucionales se han podido ver afectados.

Ya en pregunta anterior hemos hecho referencia a como se debe destruir la presunción de inocencia para que pueda dictarse resolución sancionadora, a ella nos remitimos.

4. La regulación actual de los permisos de trabajo y residencia se encuentra en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (modificada por la LO 8/2000 y por la LO 14/2003, LOEX) y en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

La regulación actual del empleo público se encuentra principalmente en el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril.

## **PRIMERO. CONTRATO DE TRABAJO A UN EXTRANJERO**

La Administración puede contratar a extranjeros no comunitarios, tal y como prevé la LOEX en su artículo 10 (Derecho al trabajo y a la Seguridad Social de los extranjeros residentes en España: «Podrán acceder en igualdad de condiciones que los nacionales de estados miembros de la UE, como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad»).

Asimismo, el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), recientemente aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, en su artículo 57 prevé que los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas como personal laboral en igualdad de condiciones que los españoles.

Por tanto, en cuanto al supuesto planteado, es perfectamente lícito que la Administración contrate a un extranjero no comunitario si tiene residencia legal en España, siempre que sea a través de un contrato laboral, pero nunca para el ejercicio de autoridad pública, ya que tales puestos se reservan por el EBEP, solamente para funcionarios (Art. 9.º 2 del EBEP). El puesto de guardia forestal supone ejercitar tal autoridad. Luego, en principio, no actuaría conforme a derecho la Administración si contratase a un extranjero para dicho puesto. Pero en el caso que analizamos se da una peculiaridad, cual es la nacionalidad ecuatoguineana de dicho trabajador, lo cual le permite tener doble nacionalidad, con lo que podría acceder como funcionario a tal puesto de trabajo (Ley 36/2002, de 8 de octubre, sobre Nacionalidad Española).

Ahora bien, suponiendo que no fuese un puesto que implique el ejercicio de autoridad, para que un extranjero de terceros Estados pueda ser contratado en España, salvo en determinados supuestos excepcionales previstos en la LOEX, es necesaria la previa obtención de autorización administrativa de trabajo y residencia (Art. 36 de la LOEX).

Del supuesto se deduce que la solicitud de permiso de residencia y trabajo que hizo el trabajador extranjero no era una solicitud inicial sino una solicitud de renovación del anterior permiso.

Llegado este punto, debemos hacer una separación entre dos posibilidades, sabiendo que, a la fecha de celebración del contrato de trabajo no contaba con la renovación del permiso, a pesar de haberla solicitado:

- Si el contrato se celebra antes de que se haya dictado resolución administrativa sobre la renovación del permiso solicitada o bien transcurridos 3 meses desde la entrada en el registro de tal solicitud (en cuyo caso se entiende estimada por silencio).
- Si el contrato se celebra después de lo anterior.

Nos encontramos en el primer caso, puesto que aún no lo tiene renovado, a pesar de haberlo solicitado.

El artículo 54 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, prevé lo siguiente: «La renovación de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los 3 meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que hubiese incurrido». Ese mismo artículo recoge los supuestos en que se renovará dicho permiso. Y, en su apartado 10 prevé que transcurrido el plazo para resolver sobre la solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena (3 meses), esta se entenderá estimada.

De todo lo anterior se deduce lo siguiente:

- La Administración solo puede contratar a trabajadores extranjeros con un contrato laboral (salvo que adquieran la nacionalidad española).
- La Administración solo puede contratar a trabajadores extranjeros previa autorización de residencia y trabajo (excepto que adquieran la nacionalidad española).
- Si ese extranjero tuviese la doble nacionalidad, está exento de dicho permiso y podrá además acceder a puestos de funcionario en los mismos términos que un español de origen.
- Si el puesto no supone el ejercicio de autoridad pública, y se celebra un contrato laboral, o bien si no goza de la nacionalidad española y no puede (por tanto) acceder a un puesto que implique dicha autoridad, entonces tendremos que tener en cuenta la autorización de

residencia y trabajo en vigor o haber solicitado la renovación dentro de los 60 días naturales previos a la expiración de la vigencia del permiso anterior. Este hecho prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución de la solicitud de renovación presentada, para lo cual hay un plazo de 3 meses, transcurridos los cuales se entiende estimada dicha solicitud.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, arts. 24 y 25.1.
- Ley Orgánica 4/2000 (Derechos y Libertades de los Extranjeros), art. 36.
- Ley Orgánica 7/2007 (Estatuto Básico del Empleado Público), arts. 9.º 2 y 57.
- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 43, 44.2, 97, 99, 110.2, 115, 129, 131 y 132.
- Ley 6/1997 (LOFAGE), disp. adic. quinta.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 26, 27, 46 y 114 a 122.
- Ley 42/2003 (Montes), art. 58 a).
- RDLeg. 1/2001 (TR Ley de Aguas), arts. 28, 30, 32.1, 93, 94, 100, 103, 105, 116, 117, 118, 119 y 332.
- RD 849/1986 (Rgto. del Dominio Público Hidráulico), arts. 234, 327, 328 y 329.
- RD 1398/1993 (Rgto. Potestad Sancionadora), arts. 11 y 20.
- ATC de 3 de diciembre de 1981.
- STC 42/1987, de 12 de abril.
- SSTS de 17 de febrero de 1984, 14 de diciembre de 1988, 14 de octubre de 1996 y 17 de octubre de 1998.