

Sentencia de la sala tercera de 23 de julio de 2024 (rec.5962/2023)

Encabezamiento

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.408/2024

Fecha de sentencia: 23/07/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5962/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/07/2024

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande

Procedencia: T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

R. CASACION núm.: 5962/2023

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1408/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

D.^a Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 23 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.^º 5962/2023 interpuesto por don Victorino, representado por la procuradora doña María José Vinader Moreno, bajo la dirección letrada de doña Francisca Cánovas Jiménez contra la *sentencia núm. 19/2023, de 25 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sección Segunda), recaída en el procedimiento ordinario n.^º 484/2020*, referido a sanción por uso privativo de aguas sin autorización administrativa.

Se ha personado como parte recurrida el Sr. Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

1. Por resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Segura de 29 de abril de 2020, dictada en el expediente NUM000), se desestimó el recurso de reposición interpuesto por D. Secundino contra la resolución del expediente sancionador NUM001, de 31 de octubre de 2019, incoado por haber realizado un uso privativo de aguas para el riego de 8,3 ha cultivadas de hortícolas, en el DIRECCION000, punto de coordinadas ETRS89 690463/4172526, en el término municipal de Cartagena (Murcia), sin la correspondiente autorización administrativa de la Confederación, imponiendo al recurrente una sanción de 16.896,51 € y la indemnización de 5.068,96 € en concepto de daños al dominio público hidráulico, y prohibiéndole el uso privativo de aguas para riego en las indicadas parcelas hasta tanto no disponga de autorización o concesión del Organismo de cuenca.

2. La representación procesal de D. Victorino interpuso recurso contencioso-administrativo contra la citada resolución, que fue tramitado con el n.^º 484/2020 como procedimiento ordinario, dictándose *sentencia n.^º 19/2023, de 25 de enero, por la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia* , por la que se desestima dicho recurso contencioso-administrativo y se confirma la resolución administrativa.

3. En esencia, la Sala *a quo* razonó: sobre la alegada nulidad de la resolución impugnada por falta de nombramiento legítimo de quien ejerce el cargo de Presidente de la Confederación Hidrográfica, que, constando un nombramiento válido respecto del Presidente de la Confederación, el vicio de nulidad aducido resulta irrelevante, pues la sanción es impuesta por el órgano competente a través del procedimiento legalmente previsto, transcribiendo a tal efecto lo razonado en una

previa *sentencia de la misma Sala de 4 de julio de 2022* , respecto de la validez del nombramiento del Presidente de la Confederación [FD 4º]; sobre la alegada nulidad de la resolución impugnada por incompetencia del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura por razón del territorio, que, teniendo en cuenta la definición legal de Demarcación Hidrográfica y el ámbito territorial de la Demarcación Hidrográfica del Segura fijado en el Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, como recuerda la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2011, recurso 60/2007* , "[...] toda cuenca intracomunitaria no traspasada queda provisionalmente adscrita a la demarcación hidrográfica cuyo territorio esté incluido en el ámbito territorial de la Confederación a que pertenezca la cuenca, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera. De este modo, no constando aquel traspaso ni tan siquiera la creación de cuencas internas dentro del ámbito territorial de la Demarcación Hidrográfica del Segura, tal y como sostiene, las parcelas ubicadas en el Campo de Cartagena y la creación de aquella cuenca interna quedan adscritas al ámbito territorial de la CHS [...] " [FD 5º]; y, respecto de la alegada infracción del principio de tipicidad, que el comportamiento del recurrente es plenamente incardinable en los supuestos tipificados en las letras a) y g) del artículo 116.3 TRLA, puestos en relación con el artículo 316 a) del RDPh [FD 6º].

SEGUNDO. - El recurso de casación promovido por la parte.-

1. La parte recurrente, tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos, los *artículos 21 , 29 y 116.3.a) y g) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio* , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

2. Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida, pues defiende, en esencia, que, de haberse asumido la extraterritorialidad de las actuaciones sancionadoras o de haberse admitido la incompetencia del órgano sancionador por actuar antes de disponer de nombramiento legítimo, la sanción impuesta habría sido declarada nula de pleno derecho en virtud de lo dispuesto en el *artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* . Asimismo, denuncia la vulneración del principio de legalidad sancionadora, al considerar que no todo uso privativo del agua se encuentra sometido en todo caso al régimen de concesión administrativa ni se encuentra prohibido el riego sin concesión o sin autorización, tal y como ocurre en los aprovechamientos de aguas anteriores a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

3. La normativa que entiende vulnerada forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.

4. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia invocando los supuestos contemplados en las *letras b) y c) del artículo 88.2 y en la letra a) del artículo 88.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* ["LJCA "].

5. Por otrosí, la parte recurrente solicita el reexamen judicial, en sede casacional, de la *sentencia recurrida, pronunciada en única instancia en el recurso contencioso-administrativo ordinario n.º 484/2020* , que vino a ratificar su culpabilidad en la comisión de una infracción tipificada en los apartados a) y g) del artículo 116.3 en relación con el artículo 59 del TRLA, invocando, a continuación, el cumplimiento de

los requisitos establecidos por el TEDH (asuntos Engel y Saquetti), y de conformidad con lo establecido por el Tribunal Supremo, con cita de las *SSTS de Pleno de la Sala Tercera, de 25 de noviembre de 2021 (RC n.º 8156/2020 y RC n.º 8158/2020) y de 20 de diciembre de 2021 (RC n.º 8159/2020)*.

TERCERO. - Admisión del recurso.-

La Sala de instancia, por auto de 18 de julio de 2023, tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Supremo, con fecha 21 de febrero de 2024, dictó auto* en cuya parte dispositiva se acuerda:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 5962/2023 preparado por la representación procesal de D. Victorino contra la *sentencia de 25 de enero de 2023, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sección Segunda), desestimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 484/2020*.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional consiste en determinar si, en casos como el ahora contemplado, concurren los requisitos relativos al derecho al reexamen de la declaración de culpabilidad en materia de derecho sancionador, de conformidad con los criterios establecidos por el *TEDH [entre otras, sentencias de 8 de junio de 1976, asunto Engel y otros c. Países Bajos (5.100/71) y de 30 de junio de 2020, asunto Saquetti Iglesias c. España (50.514/13)] y con la doctrina fijada al respecto por el Tribunal Supremo [especialmente, sentencias de Pleno de la Sala Tercera, dos de 25 de noviembre de 2021 (RC 8156/2020 y RC 8158/2020) y una de 20 de diciembre de 2021 (RC 8159/2020)].*

3.º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las mencionadas en el Razonamiento Jurídico Tercero, apartado 2, de este auto.

4.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Remitir las presentes actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde su sustanciación y decisión con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".

CUARTO.- Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de don Victorino con exposición razonada de las infracciones

normativas y/o jurisprudenciales, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala:

"tenga por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE CASACIÓN contra la *Sentencia nº 19/2023, de 25 de enero pronunciada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, pronunciada en el procedimiento ordinario nº 484/2020*, dictando otra en su lugar por la que se estime el recurso en los términos interesados en la demanda."

QUINTO.- Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición, el Sr. Abogado del Estado, presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, suplicando a la Sala:

"admitiendo estas alegaciones tenga por presentado este escrito y por evacuado el trámite conferido de Oposición al Recurso de casación, y en su momento declare no haber lugar al recurso de casación formulado. Con imposición de costas."

SEXTO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 16 de julio de 2024, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y fundamentos.

Se interpone el presente recurso de casación 5962/2023 por la representación procesal de don Victorino, contra la *sentencia 19/2023, de 25 de enero, dictada por la Sección Segunda de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo 484/2020*, en impugnación de resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Segura de 29 de abril de 2020, dictada en el expediente NUM000), se desestimó el recurso de reposición interpuesto por D. Secundino contra la resolución del expediente sancionador NUM001, de 31 de octubre de 2019, incoado por haber realizado un uso privativo de aguas para el riego de 8,3 ha cultivadas de hortícolas, en el DIRECCION000, punto de coordinadas ETRS89 690463/4172526, en el término municipal de Cartagena (Murcia), sin la correspondiente autorización administrativa de la Confederación, imponiendo al recurrente una sanción de 16.896,51 € y la indemnización de 5.068,96 € en concepto de daños al dominio público hidráulico, y prohibiéndole el uso privativo de aguas para riego en las indicadas parcelas hasta tanto no disponga de autorización o concesión del Organismo de cuenca.

La sentencia del Tribunal de instancia desestima el recurso y confirma la resolución impugnada, habiéndose preparado recurso de casación por el sancionado que, como ya se dijo, fue admitido a trámite, estimándose que la cuestión que debía ser objeto de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia era determinar si en el supuesto enjuiciado concurren los requisitos para el reexamen de la declaración de culpabilidad en materia de derecho sancionador, conforme a lo establecido en el *artículo 2 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* así como en el *artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, puestos en relación con el artículo 116.3º.g) del TRLA, todo ello conforme a la doctrina fijada por

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) acogida por este *Tribunal Supremo en las sentencias del Pleno de 25 de noviembre de 2021 (RC 8156/2020 y RC 8158/2020) y de 20 de diciembre de 2021 (RC 8159/2020)*.

Se suplica por el recurrente que se case la sentencia de instancia y, estimando el recurso contencioso-administrativo, se anule la resolución originariamente impugnada.

Ha comparecido el Abogado del Estado para oponerse al recurso.

SEGUNDO. Delimitación del debate casacional .

La forma en que se ha suscitado la cuestión casacional en el presente recurso requiere una previa delimitación. En efecto, en principio, el objeto del recurso, conforme a lo delimitado en el auto de admisión, no sería la sentencia propiamente dicha que puso fin al proceso en la instancia, porque si así fuera es lo cierto que todas las cuestiones que se suscitan en el escrito de preparación del recurso y en el de interposición son cuestiones que ni pueden ser objeto del recurso de casación, porque o son cuestiones sobre la valoración de la prueba, excluidas del recurso de casación, o cuestiones sobre las que ya existe una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, por lo que tampoco podría ser objeto del recurso. En puridad de principio, el objeto del recurso de casación es la misma posibilidad de que el recurso sea admitido a trámite, con independencia de dichas materias, a las que ninguna referencia se hace en la admisión; en otras palabras, el debate se centra en determinar si es susceptible la sentencia de instancia del reexamen jurisdiccional dado que revisa una resolución sancionadora por una infracción que pueda ser considerada como de naturaleza penal, lo cual no forma parte de la sentencia propiamente dicha, sino del régimen de recursos que se establece en nuestra legislación procesal.

La paradoja procesal que se ocasiona en tal situación es que la decisión sobre la cuestión casacional, en la forma suscitada, nos dejaría en una situación de difícil integración en el actual modelo de recurso de casación, porque al dar la respuesta a la cuestión suscitada, caso de estimar que la infracción es de naturaleza penal, dejaría sin concretar cuáles de las cuestiones que se han suscitado en el proceso deben ser tratadas en el recurso, habida cuenta de su naturaleza de recurso extraordinario, vinculado a la formación de la jurisprudencia, circunstancia que le impone relevantes limitaciones, como ya se dijo antes. Y así lo ha entendido el mismo recurrente que, habiendo suscitado ya desde la preparación del recurso la cuestión del reexamen, suscita en el escrito de interposición las cuestiones que se han examinado ya en la instancia, hasta el punto que prácticamente se hace una reiteración de los argumentos ya examinados en la sentencia de instancia, incluso sin mayor consideración a los argumentos que han servido para rechazar su pretensión por el Tribunal territorial.

Esas contradicciones en que nos encontramos no se corresponden con la jurisprudencia que en relación con esta cuestión del reexamen se ha establecido por este *Tribunal*. En efecto, esa cuestión fue examinada en las tres sentencias 1375/2021 , 1376/2021 y 1531/2021, las dos primeras de 25 de noviembre y de 20 de diciembre la última (recursos 8156/2020 , 8158/2020 y 8159/2020; ECLI:ES:TS:2021:4550 , 4551 y 4883), en las que por primera vez este Tribunal se enfrentó directamente con la aplicación en nuestro ordenamiento del derecho al reexamen que ya se encontraba reconocido en el artículo 2 del Protocolo 7 al CEDH , al que ya se ha hecho referencia. Dicho reconocimiento supuso la condena a España por el TEDU por la vulneración de ese derecho en su sentencia de 30 de junio de

2020 (*asunto Saquetti contra España*). En dichas sentencias declaramos como doctrina jurisprudencial que:

"la exigencia de revisión por un tribunal superior de la sentencia confirmatoria de una resolución administrativa por la que se impone una sanción de naturaleza penal, a que se refiere el *artículo 2 del Protocolo nº 7 del CEDH*, en la interpretación dada por la *sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2020, en el asunto Saquetti c. España*, puede hacerse efectiva mediante la interposición de recurso de casación, para cuya admisión habrá de valorarse si en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmar la resolución administrativa sancionadora."

Es decir, en relación con la vigencia en nuestro ordenamiento del derecho al reexamen, habida cuenta de la ausencia de una legislación procesal que lo habilite, que ya se echaba de menos en aquellas sentencias y era tarea del legislador, al menos desde la sentencia del TEDH de 2020, debe considerarse que el recurso de casación cumple con esa finalidad. Pero una vez fijada dicha jurisprudencia en aquellas sentencias y como expresamente se hacía constar en la respuesta que se daba a la cuestión casacional, la decisión sobre si la infracción por la que se impone la sanción en la resolución administrativa impugnada tiene naturaleza penal debe realizarse en el trámite de admisión, porque es en ese momento en el que deberá decidirse si, conforme a las características particulares de la concreta infracción, tiene dicha naturaleza y, procediendo el derecho al reexamen, deberán determinarse las cuestiones concretas de interés casacional de las que se suscitan en el proceso. Relegar esa decisión sobre la procedencia del recurso de casación en tales supuestos comporta, en pura técnica procesal, que se declare la inadmisión del recurso precisamente al resolverlos, lo cual en el actual sistema casacional no está autorizado una vez se acuerda la admisión, salvo el supuesto excepcional del artículo 92.4º, pero sobre todo deja indecisa las concretas cuestiones que deban ser examinadas por este Tribunal de casación, habida cuenta, ha de insistirse, de las limitaciones que comporta dicho recurso extraordinario.

La confusa situación en que nos pone la desidia del legislador no dando respuesta a ese grave problema de nuestras normas procesales, que ya fue puesto de manifiesto en su momento, ha obligado a que este Tribunal haya debido enfrentarse a supuestos particulares que han requerido decisiones individualizadas que requieren una formulación en términos de generalidad, tras aquellas primeras *sentencias de 2021*. En ese sentido, recapitulando los casos en que este Tribunal se ha debido enfrentar con esta cuestión, debemos hacer referencia a los recursos 4203/2022 y 6916/2022 en los que la cuestión casacional fue delimitada en términos idénticos a los del presente recurso, esto es, si la infracción por la que había sido sancionado el recurrente en la instancia --y en casación-- podía considerarse como de naturaleza penal a los efectos del reexamen. En ambos recursos las *sentencias que se dictaron [respectivamente, 1476/2023, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4927) y 1098/2024, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3601)]*, se limitaron a rechazar que, por las circunstancias del caso, la infracción no podía considerarse como de naturaleza penal y, en consecuencia, el pronunciamiento se limitó a la declaración de no haber lugar al recurso. Sin embargo, en la *sentencia 1148/2024, de 27 de junio, dictada en el recurso de casación 4518/2022* en la que, pese a que la cuestión casacional se delimitó de manera idéntica a los antes mencionados recursos, es lo cierto que sí se consideró que la infracción debía considerarse como de naturaleza penal y, examinando las cuestiones suscitadas en el escrito de interposición, declaraba no

haber lugar al recurso; es decir, en sede de recurso de casación, dada la naturaleza de la infracción sancionada y pese a los términos de la delimitación efectuada en el auto de admisión, se eximan las cuestiones suscitadas por la parte recurrente, no sin dejar constancia de la paradoja que comportaba los términos de dicha limitación.

Decisión bien diferente y más ajustada a lo antes señalado es la que se ha seguido en los recursos de casación 1876/2022, 3948/2022 y 2745/2022, en los que se han dictado respectivamente las *sentencias 1420/2023, de 13 de noviembre*; *336/2024 de 28 de febrero* y *562/2024, de 5 de abril*. En dichos recursos, si bien se había cuestionado la aplicación del derecho al reexamen, conforme ya se había declarado en nuestras sentencias de 2021, es lo cierto que las respectivas cuestiones casacionales que se suscitaron en ellos, no era la procedencia del recurso de casación, que ya se tuvo en cuenta en el trámite de admisión; sino cuestiones concretas que habían sido examinadas en la sentencia que se revisaba y que se consideraban, por sus circunstancias, susceptibles de constituir el objeto del recurso de casación. Y ello sin perjuicio de que en las respectivas sentencias dictadas se examinaran la procedencia del derecho al reexamen.

De lo expuesto hemos de concluir que, a la vista de los términos en que se ha suscitado el debate en la presente casación, deberemos pronunciarnos, en primer lugar, si procede considerar que la infracción por la que fue sancionado el recurrente tiene naturaleza penal y, solo si la respuesta es afirmativa, podremos examinar las cuestiones que se suscitan en el escrito de interposición, sin perjuicio de los límites que nos impone las peculiaridades del recurso de casación que es, no se olvide, el que conforme a la doctrina fijada en las sentencia de 2021, el que da cumplimiento al antes mencionado *artículo 2 del Protocolo del CEDH* y la jurisprudencia del TEDH que lo interpreta.

TERCERO. Examen de la cuestión casacional .

Centrado el debate en la forma expuesta en el anterior fundamento debemos tener en cuenta que en las ya citadas sentencia de 2021, declaramos, en relación con el derecho al reexamen y conforme a los ya mencionados textos internacionales, única regulación a la vista de la omisión por nuestro legislador, las siguientes consideraciones que debemos reproducir a los efectos del debate que se suscita, como ya hicimos, para supuestos idéntico al presente, en nuestra *sentencia 1476/2023, en la que, tras exponer la referida normativa internacional, se examina la interpretación que se hizo por el TEDH en su sentencia de 8 de junio de 1976, asunto Engel y otros c. Países Bajos (5.100/71)*, a los efectos de la aplicación del ya mencionado *artículo 2 del Protocolo número 7 del CEDH* y, más concretamente, a la necesidad de discriminar entre infracciones propiamente administrativas y aquellas que aunque reguladas como tales tienen, propiamente constituyen infracciones penales, conforme a los denominados criterios Engels, a los efectos de aplicar a estas últimas el derecho reconocido en aquellas normas supraestatales.

En esa delimitación a que se ha hecho referencia el Tribunal internacional de garantías ha establecido tres criterios --los denominados criterios Engel-- para determinar cuándo una infracción calificada administrativa por la normativa de un Estado debe considerarse, no obstante dicha calificación, como de naturaleza penal, a los efectos de someterla al derecho que se reconoce en el Protocolo. Dichos criterios son los de (i) la legalidad interna, (ii) la naturaleza de la infracción y (iii) la gravedad de la sanción, criterios suficientemente desarrollados en nuestras sentencias de 2021 a las que hemos de remitirnos.

Teniendo en cuenta lo expuesto debemos centrar nuestra atención en la concreta infracción que se sanciona en la resolución aquí originariamente impugnada a los efectos de determinar si, conforme a los mencionados criterios, de acuerdo a como se han examinado en nuestras sentencias de 2021, se hace merecedora del derecho al reexamen que se postula por el recurrente y que, como ya se ha dicho, comporta una *conditio sine qua non* para examinar los reproches de legalidad que se hacen a la sentencia aquí recurrida. Y en esa labor, de los mencionados criterios, hemos de concluir que la sanción que se tipifica en el artículo 116, en su apartado tercero, letras a) y g), del TRLA constituyen, conforme a los dos primeros criterios Engels, una infracción administrativa sin embargo esa tipificación legal es irrelevante. De otra parte, en relación al segundo de los criterios, referido a la naturaleza de las conductas tipificadas, están referidas a todas las personas que causen daños al dominio público hidráulico, que es precisamente el bien jurídico que se pretende proteger, y la finalidad es claramente disuasoria, por lo que serían de aplicación las consideraciones que hemos establecido a los efectos del segundo de los criterios determinante de la atribución de la naturaleza de la infracción y que no parece necesario reiterar. El debate se centra en el tercer requisito que impone el TEDH para asignar dicha naturaleza penal a la infracción, es decir, la gravedad de la sanción, porque aun cuando de los pronunciamientos del TEDH no puede deducirse un criterio único sobre si tales criterios son o no acumulativos, ha dejado claro que no pueden tampoco ser examinados aisladamente.

Centrado el debate en el tercero de los criterios, el de la gravedad de la sanción, conforme a la doctrina sentada en las sentencias de 2021, debe tomarse en consideración determinarse en función, no del importe de la infracción en carácter abstracto sino conforme a un criterio subjetivo de la sanción pecuniaria impuesta, es decir, ha de tomarse en consideración el concreto importe de la sanción pecuniaria impuesta, atendiendo a las condiciones económicas del sancionado; criterio que es precisamente el que se rechaza en el voto particular a la sentencia del asunto Saquetti por el Juez Lemmens, como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina ("[...]En la medida en que la gravedad de la sanción desempeña un papel, a mi juicio se trata de la gravedad de la sanción que pueda imponerse y no la gravedad de la sanción que se ha impuesto. En otras palabras, se deben tener en cuenta los efectos potenciales de una posible sanción. Esos efectos se determinarán sobre una base legal, no sobre la base de la sentencia dictada en el caso de una persona determinada[...]").

Teniendo en cuenta lo antes señalado es lo cierto que nos encontramos en una encrucijada de difícil elección, propiciada por la ausencia de una regulación legal nacional sobre la efectividad del derecho reconocido en los ya mencionados textos internacionales, máxime cuando, de una parte, hemos de examinar caso por caso la concurrencia de ese presupuesto de la gravedad; de otra, que precisamente por esas particularidades, deberá tomarse en consideración las condiciones de los mismos sancionados, en concreto, sus condiciones económicas, con la siempre difícil solución de que unos mismos importes de las sanciones han de tener una eficacia diferente a los efectos de la concesión del derecho, a lo que ha de añadirse que tales circunstancias deben ser alegadas y acreditadas por quien invoca la efectividad del derecho; actuación que es la que hemos tomado en consideración en las sentencias, ya antes reseñadas, en que se rechazó el reconocimiento del derecho al reexamen. Se suma en dificultad a esos reparos que las normas procesales nunca toman en consideración, al regular el régimen del recurso, las particularidades de las partes del proceso, porque no se articulan los límites legales de cualquier medio de impugnación de resoluciones judiciales en función de las condiciones particulares de las partes que

intervienen en el proceso admitiéndose para algunas y negándose a otras.

En la labor de búsqueda de unos criterios con vocación de generalidad para esa determinación de la gravedad, lo primero que debemos señalar es que el derecho al reexamen lo es de las infracciones propiamente dichas, lo cual tiene un efecto importante para supuestos como el de autos -similar a las sentencias antes mencionadas en que se rechazó la concurrencia de la gravedad- en el que la resolución impugnada no solo impone la sanción de multa sino que se incluye la reparación de los daños ocasionados al dominio público e incluso la prohibición de aprovechamiento de los recursos hídricos. Pues bien, tales obligaciones no pueden ser tomadas en consideración por la diferente naturaleza de su exigencia porque de la acción reprochada al sancionado se deriva una dualidad de efectos y así, por ser típica la acción, constituye infracción y, por tanto, es objeto de una sanción que se impone por la norma. Pero además, la propia acción, al margen de la infracción ya calificada, es decir de su aspecto punitivo, puede comportar unos daños patrimoniales que deben reclamarse en el mismo procedimiento, pero no por su naturaleza punitiva, sino en aplicación del principio general del derecho de que quien causa daño a otro tiene obligación de reparar el daño causado. No hay en esa decisión, finalidad represora alguna que merezca la aplicación de los principios que inspiran el Derecho sancionador porque no nos encontramos, en esa concreta decisión, con una sanción, sino con una reparación patrimonial del daño. En otras palabras, la sanción lo es por ocasionar el daño, y con ello se agota el ámbito sancionador; pero la producción de ese daño ha de ser resarcido, no por constituir infracción, sino por una primaria obligación de carácter patrimonial. Conforme a esa premisa es manifiesto que no puede incrementarse la sanción pecuniaria con el importe del daño ocasionado al dominio público que se reclama en la resolución impugnada, porque no tiene dicha cantidad finalidad punitiva. Otro tanto cabe concluir de la prohibición del uso privativo de aguas públicas en la finca propiedad del sancionado; esa declaración, en sí misma considerada intrascendente desde el punto de vista de la resolución sancionadora, ni comporta sanción propiamente dicha que deba incrementar la sanción a los efectos de apreciar la gravedad de la misma, ni puede tener otra trascendencia efectiva que no sea una mera aplicación de la propia normativa en materia de dominio público hidráulico sobre el aprovechamiento de las aguas públicas, sin perjuicio de los derechos de los que se crea asistido el recurrente a dicho aprovechamiento, que deberá hacerse valer por las vías oportunas que no son la oposición a la resolución sancionadora.

Dando un paso más en esa determinación de criterios generales para determinar la gravedad de la infracción a los efectos de su gravedad y ante la más absoluta omisión del legislador, debe señalarse que en nuestro sistema procesal las infracciones administrativas se consideran que, con carácter de generalidad, cuando no tienen una cuantía superior a 30.000 ¢, no son merecedoras del derecho al reexamen porque se excluyen del recurso de apelación cuando su conocimiento viene atribuido a los juzgados de los Contencioso-administrativo, de conformidad con lo establecido en el *artículo 81.1.º.a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. No puede ignorarse que, como hemos declarado en las sentencias de 2021, la jurisprudencia del TEDH no asimila el derecho al reexamen a una segunda instancia, sino a eso mismo, a un reexamen con los límites que establezca la propia normativa nacional, criterio que ya se concluyó del examen de la jurisprudencia del Tribunal internacional de garantías en las referidas sentencias. De ahí que ese importe se traе a este debate en base a la manifiesta analogía de que, si nuestro legislador ha considerado que por debajo de la mencionada cuantía se excluye la doble instancia, con mayor fundamento se debe excluir el derecho al reexamen. No se quiere decir con ello que ese importe ha de tomarse en consideración en términos

absolutos, sino simplemente como criterio orientador y sin perjuicio de que pueda justificarse que incluso por debajo de dicho importe puede estimarse procedente el derecho fundamental atendiendo a las circunstancias del sancionado que deberá aportar elementos de prueba sobre dichas circunstancias, situación nada deseable porque las normas procesales nunca se establecen con ese criterio subjetivo pero que nos obliga a considerar en este caso ante el silencio del legislador.

Pues bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, hemos de concluir que en el caso de autos una sanción de multa por importe de 16.896,51 € por la infracción tipificada no puede considerarse como grave a los efectos de considerarla como de naturaleza penal. Ya de entrada deberá ponerse de manifiesto que el recurrente no ha hecho el más mínimo esfuerzo probatorio, e incluso de mera alegación, de que el importe de la sanción comporta una incidencia de especial gravedad en su patrimonio. Se ha de añadir a esa omisión que, por las mismas circunstancias económicas del sancionado que permite deducirse de sus mismas alegaciones --actividad empresarial-- se pone de manifiesto una capacidad económica que, conforme a los criterios que se han expuesto, no puede considerarse que en el concreto supuesto enjuiciado deba considerarse la sanción con esa gravedad exigida por la doctrina fijada tanto por el TEDH como por este Tribunal Supremo.

No podemos silenciar la dificultad que requiere la labor asumida, a fuerza del silencio legal, en una cuestión que no es irrelevante para los ciudadanos que se ven gravados con sanciones pecuniarias de una cierta trascendencia económica, en términos objetivos, pero no lo es menos que la misma jurisprudencia del TEDH, que hemos ya asumido tanto *este Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional (STC 71/2022)*, comporta unas exigencias que, si bien el Legislador debe modular, en la situación actual no puede suponer hacer perder al recurso de casación su propia naturaleza de fijación de la jurisprudencia, sin posibilidad de convertir este recurso en una nueva instancia que ni el derecho reconocido en los textos internacionales exige, ni nuestra normativa nacional autoriza, al margen de los supuestos casacionales que se establecen en el *artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, conforme al cual, por cierto, ninguno de los motivos aducidos por el recurrente en su escrito de interposición reúne las condiciones para acceder al recurso de casación.

Lo antes concluido ha de suponer, dando respuesta a la cuestión casacional suscitada en el auto de admisión, que, atendidas peculiares circunstancias del sancionado, no puede apreciarse que concurran en el presente supuesto los criterios a los efectos de apreciar que la infracción administrativa por la que fue sancionado el recurrente tenga naturaleza penal y, en consecuencia, no procede el derecho al reexamen de la sentencia recurrida; respuesta que comporta declarar que no ha lugar al presente recurso de casación.

CUARTO. Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el *artículo 93.4.º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, las costas ocasionadas en el recurso de casación de casación deberán ser abonadas por cada una de las partes las causadas a su instancia y la comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la

Constitución, esta Sala ha decidido

La respuesta dada a la cuestión casacional suscitada en el auto de admisión es la que se reseña en el fundamento tercero y, conforme a dicha decisión, no ha lugar al presente recurso de casación 5962/2023, interpuesto por D. Victorino, contra la *sentencia 19/2023, de 25 de enero, dictada por la Sección Segunda de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*, mencionada en el primer fundamento, sin hacer concreta imposición de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.