



Roj: STS 7562/2004 - ECLI:ES:TS:2004:7562  
Id Cendoj: 28079130052004100559  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 5  
Nº de Recurso: 174/2002  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: RICARDO ENRIQUEZ SANCHO  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Noviembre de dos mil cuatro.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo, interpuesto por la entidad mercantil BOLIDEN APIRSA, S.L., representada por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz contra el acuerdo del Consejo de Ministro, de 2 de agosto de 2002, recaído en expediente nº 229/98-SE, instruido por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, por el que se le impone una sanción de 601.012'10 €, así como la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico, valorados en 2.870.181'66 €, y la obligación de abonar 41.606.316'75 € por los gastos originados por la reposición del terreno al estado anterior a los hechos que dieron lugar a la incoación del referido expediente, habiendo comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por escrito de 19 de septiembre de 2002 la entidad mercantil BOLIDEN APIRSA, S.L. interpuso recurso contencioso administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros indicado en el Encabezamiento de esta resolución.

El referido acuerdo del Consejo de Ministros resolvió el expediente incoado por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por los vertidos producidos en el río Guadalimar el 25 de abril de 1998 como consecuencia de la rotura de una presa de residuos mineros que BOLIDEN APIRSA, S.L. explotaba en el término municipal de Aznalcóllar.

SEGUNDO.- Por escrito de 4 de abril de 2003 BOLIDEN APIRSA, S.L. formuló su escrito de demanda en la que, tras exponer los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que consideró oportuno, y a los que se hará referencia en los fundamentos jurídicos de esta sentencia, terminó suplicando la nulidad del acuerdo impugnado así como la de los artículos 315, 316 y 317 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril .

TERCERO.- Por escrito de 28 de mayo de 2003 el Abogado del Estado contestó a la demanda y solicitó su desestimación.

CUARTO.- Por auto de 7 de julio de 2003 se fijó la cuantía del presente recurso en 45.077.510'51 € y se recibió el proceso a prueba.

QUINTO.- Abierto el proceso a prueba se practicó toda la solicitada por la parte actora, consistente en los documentos obrantes en el expediente administrativo y los aportados con el escrito de demanda. Asimismo se unió un informe pericial, de 1 de abril de 2003, elaborado por el Doctor Ingeniero de Caminos Canales y Puertos D. Juan Manuel , el cual lo ratificó el 20 de abril de 2004, a presencia del Ponente, del Secretario Judicial, de la parte recurrente, de sus Letrados y del Abogado del Estado. En dicho acto el perito contestó a las cuestiones que, relacionadas con el contenido del informe, le formuló la parte recurrente.

SEXTO.- Por escrito de 14 de mayo de 2004 BOLIDEN APIRSA, S.L. evacuó el trámite de conclusiones y el Abogado del Estado lo hizo por escrito de 1 de junio de 2004.

SÉPTIMO.- Por providencia de 6 de septiembre de 2004 se declararon conclusos los autos, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo, habiéndose señalado para este acto el 2 de noviembre de 2004, fecha en que comenzó la deliberación de la causa que se prolongó hasta el 10 de noviembre de 2004, día en que tuvo lugar su votación y fallo.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. RICARDO ENRÍQUEZ SANCHO, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad mercantil BOLIDEN APIRSA, S.L. interpone recurso contencioso administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2002, que resolvió el expediente incoado por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por los vertidos producidos en el río Guadiamar como consecuencia de la rotura, el 25 de abril de 1998, de una presa para el almacenamiento de residuos mineros que la entidad recurrente explotaba en el término municipal de Aznalcóllar.

El citado acuerdo impuso a BOLIDEN APIRSA, S.L. una sanción de 601.012,10 €, al considerarla responsable de una infracción tipificada en los artículos 108. f) y g) y 89 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (LA ), y la obligación de reparar, conforme a lo previsto en el artículo 110.1 LA , los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, calculados en 2.870.181,66 € y la de reponer las cosas al estado anterior, valorando este último concepto en 41.606.316,75 €.

SEGUNDO.- Alega en primer lugar la entidad recurrente que el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado por ella es nulo por cuanto cuando se dictó el mismo el expediente instruido por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir había incurrido en caducidad al haber transcurrido seis meses desde la fecha en que se incoó, aun descontando el tiempo en que la tramitación del expediente estuvo suspendida.

La parte actora se basa para fundar este motivo de impugnación en los siguientes presupuestos de hecho que no han sido cuestionados por el Abogado del Estado y que, efectivamente, resultan del expediente administrativo:

1º. El expediente se inició por acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de 25 de abril de 1998.

2º. Como consecuencia de la apertura, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Sanlúcar la Mayor, de Diligencias Previas en relación con los mismos hechos que dieron lugar a la incoación del expediente administrativo, por resolución de 12 de junio de 1998, la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir acordó suspender la tramitación de este último hasta el momento en que recayera resolución en el procedimiento penal.

3º. Como consecuencia del archivo de las actuaciones penales antes indicadas, la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir acordó, por resolución de 22 de noviembre de 2001, el levantamiento de la suspensión del expediente administrativo.

4º. La decisión poniendo fin al expediente administrativo tuvo lugar por el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2002, impugnado en este proceso.

Así pues, desde la fecha de iniciación del expediente hasta el día en que se acordó su suspensión habían transcurrido un mes y diez y seis días, por lo que cuando se dictó el acuerdo disponiendo el alzamiento de la suspensión la Administración disponía de cuatro meses y catorce días para la resolución del expediente, decisión que, por el contrario, no tuvo lugar hasta el 2 de agosto de 2002, ocho meses y 11 días después del día en que se alzó la suspensión.

BOLIDEN APIRSA, S.L. entiende que el plazo de caducidad del procedimiento es de seis meses, y ello tanto si se aplica la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC ), o esta última en la redacción anterior a la modificación operada por aquella ley.

TERCERO.- El artículo 332. párrafo segundo "in fine" del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH) de 11 de abril de 1986, según la modificación operada por el Real Decreto 995/2000, de 2 de junio , establecía que el plazo para resolver todo expediente sancionador no excedería de un año, contado a partir de la incoación del expediente. Sin embargo, la parte actora aduce que este precepto no es aplicable tras la Ley 4/1999, de 13 de enero, porque de sus artículos 42.2 y 44.2 resulta un plazo máximo de seis meses salvo que una norma con rango de Ley estableciere uno mayor o así viniera previsto en la normativa comunitaria europea, que, obviamente, no es el caso del RDPH.

Considera que de la Disposición Transitoria Segunda, apartado primero, de la Ley 4/1999 puede colegirse que es precisamente esta ley la aplicable para obtener el plazo de caducidad del expediente en cuestión. Dicha norma establece que "a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior". Aunque en el caso presente el procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, el mismo fue suspendido durante la pendencia de un proceso penal abierto por los mismos hechos y cuando se levantó la suspensión ya estaba en vigor la Ley 4/1999, por lo que la parte recurrente sostiene que ha de considerarse la fecha del levantamiento de la suspensión como verdadera fecha de iniciación del procedimiento, porque otra solución conduciría a otorgar una excesiva persistencia en el tiempo a unos preceptos contrarios a los criterios de la nueva ley cuando, como sucede en este caso, el procedimiento permaneció suspendido durante varios años.

La Sala no puede compartir este criterio de interpretación de la norma indicada. La suspensión del procedimiento no altera la fecha de su iniciación. Buena prueba de ello es que la propia entidad recurrente para efectuar el cálculo del tiempo transcurrido durante la tramitación, a fin de declarar su caducidad, tiene en cuenta el periodo comprendido entre la iniciación del procedimiento y el acuerdo declarando su suspensión. La suspensión del procedimiento no significa su terminación sino la paralización del mismo en tanto persistan las causas que lo determinan. Esas causas tienen que ver con la tramitación pero no con la iniciación, cuya fecha en nada resulta afectada por aquellas. La parte recurrente alega que la misma Administración ha entendido que, tras la suspensión del expediente éste debía regirse por la Ley 4/1999, puesto que la resolución que decide el levantamiento de la suspensión acordada alude ya, para determinar el cómputo del plazo de caducidad, al artículo 44.2 LRJPAC, modificado por la Ley 4/1999. Sin embargo, ni dicha resolución concreta el plazo de caducidad que considera procedente, ni aunque lo hubiera hecho incorrectamente, ello determinaría que esa errónea estimación pudiera prevalecer frente a lo que resultase de la legislación aplicable.

CUARTO.- Alega también la parte actora que aunque se considerase que el expediente terminado por el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado por ella en este proceso hubiera de regirse por la LRJPAC, en la redacción anterior a la Ley 4/1999, también se habría producido su caducidad. A su juicio, esta conclusión deriva de la Disposición Transitoria primera 2. de la Ley 4/999 que establece que "en todo caso", esto es, aunque se consideren subsistentes las normas reglamentarias existentes en tanto el Gobierno procediera a la adaptación de aquellas a la Ley 30/1992, "cuando las citadas normas hayan establecido un plazo máximo de duración de los procedimientos superior a los seis meses, se entenderá que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución será precisamente de seis meses, con las excepciones previstas en el apartado segundo del artículo 42". Tales excepciones son que por una norma con rango de ley o por la normativa comunitaria se haya establecido un plazo mayor, que no es el caso presente en que el plazo de un año para resolver resulta del artículo 332, párrafo segundo "in fine" del RDPH.

Tampoco la Sala puede compartir estas alegaciones de la parte recurrente. El supuesto de hecho de la Disposición Transitoria primera de la Ley 4/1999, de 13 de enero, es distinto del de su Disposición Transitoria segunda. Con toda claridad establece esta última que a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de dicha Ley, "no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior". No hay base alguna para sostener que a pesar de eso ha de aplicarse a los procedimientos en curso el plazo de caducidad establecido en la Ley 4/1999 porque la norma que examinamos establece que dicha Ley no sería de aplicación a los procedimientos que se hubieran iniciado antes de su entrada en vigor, con la única excepción del sistema de revisión de oficio y de recursos administrativos regulados en dicha ley, que sí les sería de aplicación.

La inaplicabilidad de la Ley 4/1999 a los procedimientos en curso en la fecha de su entrada en vigor implica que a dichos procedimientos no les afecta ni la nueva redacción de los preceptos de la LRJPAC modificados por la Ley 4/1999, ni la Disposicional adicional primera o transitoria primera de esta última.

QUINTO.- El acuerdo del Consejo de Ministros impugnado en este proceso pone fin a lo que denomina expediente sancionador pero incluye decisiones de diferente naturaleza. Por un lado impone a BOLIDEN APIRSA, S.L. una sanción, al considerarle reponsable de una infracción administrativa prevista en los artículos 89. a) y 108 f) y g) LA. Por otro, se le obliga, según lo previsto en el artículo 110.1 LA, a reparar los daños y perjuicios causados y a satisfacer el importe de los gastos desembolsados por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir para reponer las cosas al estado anterior a la fecha en que se produjo la rotura de la balsa. Aunque la actividad administrativa reparadora y la sancionadora tienen distinta naturaleza, su ejercicio en ambos casos se ha de dirigir contra persona a quien pueda imputársele el resultado dañoso al menos a título de culpa.

La sanción administrativa, porque esta Sala ha declarado constantemente, a partir de la sentencia de 5 de febrero de 1988, que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del "ius

puniendi" del Estado se rige, con las modulaciones necesarias, por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de la culpabilidad, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva. Así ha de entenderse el artículo 130.1 LRJPAC cuando establece que "sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de las mismas aun a título de simple inobservancia".

La acción reparadora o indemnizatoria, porque el artículo 110.1 LA la refiere indudablemente a "los infractores". Así como el principio expresado en la fórmula "quien **contamina paga**" tiene una proyección objetiva que se manifiesta en la necesidad de que quien desarrolle una actividad que inevitablemente ocasione un efecto contaminante se haga cargo, como contrapartida de los beneficios que obtiene por su ejercicio, de la reparación de los perjuicios derivados de la contaminación producida, en este caso se trata de unos perjuicios que no derivan del funcionamiento regular de la empresa sino de unos daños causados por culpa o negligencia cuya reparación puede reclamar la Administración conforme a lo previsto en el citado precepto de la Ley de Aguas y en el artículo 1902 del Código Civil. Esto supuesto, ha de advertirse a continuación que la diligencia exigible a quien ejerce una actividad generadora de un riesgo está en proporción a la gravedad de los riesgos creados, de tal modo que tanto mayor será la diligencia exigible cuanto mayor sea el riesgo creado y que en el caso presente, BOLIDEN APIRSA, S.L. estaba obligada a observar la máxima diligencia tanto en la construcción como el mantenimiento de la balsa de residuos mineros de Aznalcóllar habida cuenta que su rotura era susceptible de causar unos efectos tan devastadores como los que efectivamente se produjeron.

SEXTO.- La Administración no ha creído necesario practicar en el expediente administrativo prueba alguna específicamente encaminada a acreditar los hechos de los que resultara la existencia de esa falta de diligencia en la observancia de una norma de conducta exigible a BOLIDEN APIRSA, S.L. para la prevención del daño causado, en que consiste básicamente el elemento de culpabilidad, sino que ha considerado suficientes las pruebas practicadas durante el procedimiento penal instruido con ocasión de la rotura de la balsa de almacenamiento de residuos mineros explotada por dicha entidad.

Tales pruebas son el informe pericial emitido por los peritos designados por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Sanlúcar la Mayor, D. Octavio y D. Juan Pablo, y el informe técnico encargado por BOLIDEN APIRSA, S.L. a la entidad EPTISA.

Las conclusiones de ambos informes son sustancialmente coincidentes. La rotura de uno de los diques de la balsa se debió a que ni en el proyecto de construcción de aquella, de 1978, ni en un posterior estudio de estabilidad y otro proyecto de recrecimiento, elaborados en 1996, se previó adecuadamente el comportamiento del subsuelo. Según afirman los peritos judiciales: "El dique de la balsa de Aznalcóllar se rompió por haber sido construido de acuerdo con lo previsto en dos proyectos que no incorporaban la consideración de dos factores claves en la génesis de la inestabilidad: a) la fragilidad de la arcilla y, por tanto, la posibilidad de desencadenar un fenómeno de rotura progresiva y b) altas presiones del agua en el cimiento arcilloso".

Los proyectos a que se refieren los peritos judiciales son el inicial de 1.978, elaborado por la entidad Internacional de Ingeniería y Estudios Técnicos (INTECSA) y, al parecer, ejecutado por Dragados y Construcciones, S.A. por encargo de la empresa Andaluza de Piratas, S.A. (APIRSA), entonces titular de la explotación minera y en cuya posición jurídica se encuentra subrogada la BOLIDEN APIRSA, S.L. y un proyecto de recrecimiento del dique elaborado por la entidad GEOCISA en 1996, por encargo de BOLIDEN APIRSA, S.L. Unos meses antes la misma entidad GEOCISA había elaborado un informe sobre la estabilidad de la balsa de residuos mineros de Aznalcóllar que concluyó con una valoración favorable de la situación y con la recomendación de que se efectuase durante la vida útil de la balsa un seguimiento tanto del muro como del sustrato que permitiera detectar cualquier movimiento o evolución de las filtraciones. A estos efectos se proponía la instalación de una serie de elementos de control, entre ellos cuatro inclinómetros y varios piezómetros, que fueron efectivamente colocados y cuya verificación periódica se encomendó a GEOCISA.

El Consejo de Ministros entiende que la culpabilidad de dicha sociedad deriva de que como titular de la explotación minera hubiera debido adoptar las medidas adecuadas para controlar la estabilidad del terreno donde se asentaba la balsa y, singularmente, hubiera debido observar la diligencia exigible para mantener en buen uso los instrumentos de control instalados en la balsa tras el aludido informe de estabilidad elaborado por GEOCISA, pues uno de los inclinómetros instalados, el I-3, precisamente el que estaba colocado en la zona del dique donde se produjo la rotura, estaba averiado desde enero de 1998, estimando que de haberse encontrado operativo se hubieran podido detectar deformaciones del cimiento antes de su rotura. Pero no sólo a este instrumento de control alude el acuerdo del Consejo de Ministros. Se refiere también a que "la colocación de la instrumentación técnica adecuada en la balsa mucho antes hubiera proveído de información a lo largo del tiempo sobre los fenómenos que se estaban produciendo en el suelo y que dieron como resultado

la rotura de la balsa", y a que, en definitiva "existe fundamento para sustentar lógicamente que BOLIDEN APIRSA, S.L. por su calidad de titular de la explotación minera gozaba de la cualificación suficiente que confiere el propio ejercicio legal de la actividad minera y los conocimientos y práctica profesional para haber adoptado las medidas adecuadas para controlar el terreno sobre el que se asentaba la balsa y singularmente la instrumentación a que hacen alusión los peritos judiciales y que después instaló GEOCISA". Añade el citado acuerdo que "el elemento subjetivo de la infracción culposa cometida por BOLIDEN APIRSA, S.L. está representado por la falta de adopción de toda clase de precauciones a que estaba obligada para evitar que se produjeran situaciones que de forma involuntaria lesionaran bienes jurídicos de terceros, sobre todos prestando atención al tipo de actividad desempeñado por la citada empresa minera que revestía cierto grado de peligrosidad y que por ello requería ser desarrollada por profesionales en la materia con el mayor rigor en las tareas de prevención".

SÉPTIMO.- Alega la parte recurrente en relación con esta imputación de la Administración, en primer lugar, que la existencia de esos instrumentos de control habría resultado irrelevante, puesto que la rotura se produjo en escasos segundos, sin que hubiera signo alguno que la hubiera podido detectar con una antelación suficiente, de modo que, en cualquier caso, se habría producido una ruptura de la relación de causalidad necesaria entre el daño producido y la acción u omisión no intencional pero culpable realizada por la persona a quien se le imputan sus consecuencias. Por otro lado, sostiene que aunque la existencia de los instrumentos de control hubiera sido relevante cualquier deficiencia en su mantenimiento no podría serle imputable a ella, pues como ha quedado acreditado con todos los documentos e informes aportados a las actuaciones, su cuidado se había encomendado a GEOCISA, una empresa de reconocido prestigio en el sector, de tal manera que la eventual responsabilidad habría quedado desplazada a esta última.

OCTAVO.- La parte recurrente dedica especial atención a demostrar que la avería en el inclinómetro I-3, producida desde enero de 1998 y no reparada en la fecha en que tuvo lugar la rotura de la presa, no tiene trascendencia alguna a fin de que hubiera advertido de la producción del siniestro, y es cierto que la Administración otorga especial relevancia a ese hecho. Pero no es la negligencia en el cuidado de ese instrumento de control lo único que se reprocha a BOLIDEN APIRSA, S.L. Junto a esto se advierte que le hubiera sido exigible adoptar las medidas adecuadas para controlar el terreno sobre el que se asentaba la balsa, y alude en especial a la instrumentación que después instaló GEOCISA. Ello significa que su deber de diligencia habría de extenderse a la necesidad de verificar que precisamente esos instrumentos de control recomendados por GEOCISA cubrían todas las posibilidades de prevención del riesgo de rotura de la presa, objetivo al que respondía el informe emitido por dicha entidad.

NOVENO.- La parte recurrente ha acompañado con su escrito de demanda un informe pericial emitido por el Ingeniero D. Juan Manuel en el que interpreta las conclusiones alcanzadas por los peritos designados por el Juzgado de Instrucción número 2 de Salúcar la Mayor en las diligencias seguidas con ocasión de la rotura de la balsa de residuos y considera que, atendiendo a los propios términos del informe, no interpretados adecuadamente por quien carece de los necesarios conocimientos de ingeniería, puede afirmarse rotundamente que ninguno de los inclinómetros instalados en el dique hubiera podido proporcionar dato alguno relevante sobre el proceso de rotura que se había iniciado en el sustrato del dique en la segunda mitad de la década de los ochenta y que condujo finalmente a su rotura el 25 de abril de 1998. Explica que la rotura se debió a un desplazamiento horizontal del sustrato sobre el que se asentaba el dique, a unos 14 metros de su base, que determinó una traslación del dique oriental a una distancia de sesenta metros, abriéndose, en consecuencia, una brecha en el dique por el que se produjo el escape de los residuos almacenados en la balsa. A su juicio, el proceso de rotura se produjo de manera súbita, sin signo previo aparente que pudiera anunciarlo, por lo que aunque hubiera estado en funcionamiento el inclinómetro I-3 no habría podido detectar la rotura de la presa con la antelación necesaria.

Sin embargo, la lectura del informe emitido por los indicados peritos judiciales impone alguna matización en esas afirmaciones, y permite, además, obtener otros datos que resultan de importancia en este proceso. Es cierto que los peritos reconocen que el conjunto de medidas suministradas por los inclinómetros en el año 1997 no tiene la regularidad y consistencia necesaria como para mostrar inequívocamente la existencia de movimientos a gran escala de rotura del dique (capítulo 5.3). Pero previamente se había puesto de manifiesto que el inclinómetro I-4 dejó de estar operativo en mayo de 1997 y el I-3 en enero de 1998, y a los datos proporcionados en la última lectura de éste se les otorga escasa fiabilidad al considerar probable que hubiera quedado dañado por las propias operaciones de recrecimiento del muro, o bien porque hubiera quedado deformado por un movimiento del cuerpo de la escollera. Que la rotura de estos inclinómetros no fue irrelevante en la prevención de la rotura se pone de manifiesto claramente por los peritos judiciales cuando, a presencia judicial, al contestar a la pregunta 6 formulada por D<sup>a</sup> María Angeles Muñoz Serrano, en representación de la

Confederación Ecologista Pacifista Andaluza, afirman que "los daños experimentados por los inclinómetros, que permiten un conocimiento adecuado del movimiento del cimiento, impidieron conocer con precisión las deformaciones del cimiento en las últimas semanas previas a la rotura", y ello aunque no existieran datos visuales o topográficos que manifestaren la inminencia de la rotura.

DÉCIMO.- La rotura del dique de contención oriental de la balsa de piritas se produjo, como hemos visto, porque a unos trece o dieciséis metros de su superficie de apoyo tuvo lugar un deslizamiento de una de las capas del terreno sobre el que se asentaba. Dicho terreno estaba constituido por margas arcillosas estratificadas sometidas a la presión del dique y de los residuos almacenados. La superficie de deslizamiento coincidió muy probablemente con un plano de sedimentación de las arcillas.

La instalación de piezómetros hubiera podido detectar el incremento de la presión intersticial de las arcillas de cimentación, que habría advertido de la existencia del proceso que condujo finalmente al desplazamiento del terreno sobre el que se asentaba el muro. Sin embargo, ni el Informe de Estabilidad de la Balsa formulado por GEOCISA en marzo de 1996, ni el Proyecto de Recrecimiento del dique de la balsa elaborado por esa misma entidad en junio de ese mismo año, consideraron la posibilidad de auscultación de esas presiones, pues ambos estudios adaptaron los datos del estudio geotécnico confeccionado para la redacción del primer proyecto de construcción de la balsa. Ello explica que, aunque en las conclusiones del Informe sobre Estabilidad se recomienda efectuar durante la vida útil de la balsa un seguimiento del comportamiento tanto del muro como del sustrato, la preocupación no es un posible incremento de las presiones intersticiales en el sustrato arcilloso producidas por el peso del dique sino la posibilidad de que se produjeran filtraciones desde la balsa. Por eso se instalaron piezómetros de tubo abierto, sólo preparados para medir el nivel del agua libre en el aluvial de cimentación o en el propio cuerpo de presa, pero incapaces de registrar la presión de agua en la formación arcillosa inferior (capítulos 5.5 y 5.6 del informe de los peritos judiciales).

Como explican los peritos judiciales en su respuesta a la pregunta 14 formulada por BOLIDEN APIRSA, S.L. en el acto de ratificación de su informe ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Salúcar la Mayor, la cuestión de la generación de presiones de agua en el cimiento por efecto de la carga del dique y estériles no se planteó en ninguno de los dos proyectos -el Proyecto Original y el Proyecto de Recrecimiento- y por tanto no es extraño que no se intentaran medir las presiones intersticiales de la arcilla de cimentación.

Ambos proyectos se basaron en un previo estudio geotécnico que evaluó incorrectamente la resistencia de las margas componentes del subsuelo, considerando que la permeabilidad del terreno produciría una rápida disipación de las presiones del agua intersticial, consecuencia que no se produjo en las denominadas margas azules del Guadalquivir, constitutivas del sustrato de sustentación de la balsa de Aznalcóllar. Sin embargo, el que las especiales características de estas margas azules presentase cuestiones no habituales en un enfoque tradicional del proyecto, según afirman los peritos judiciales (capítulo 18.10) no significa que se tratase de problemas que no hubieran podido plantearse en 1978, en la fecha de la redacción del Proyecto Original, o en 1996, en la del Proyecto de recrecimiento. En la respuesta nº 7 a la pregunta formulada a los peritos judiciales por GEOCISA, los peritos contestan que "se conocen numerosos casos de roturas de taludes y laderas en la formación de arcillas azules del Guadalquivir desde fechas anteriores a la redacción de los proyectos." Opinión corroborada por el Ingeniero D. Jesús María , que en un comentario adjunto al informe presentado por EPITSA, ratifica las conclusiones expuestas en ese informe y realiza unas observaciones de las que se desprende que este problema de la resistencia de las llamadas margas azules miocenas del valle del Guadalquivir era bien conocido al menos en el año 1996, y pone como ejemplos el deslizamiento de un terraplén construido para el AVE Madrid-Sevilla, en las cercanías de Almodovar del Río o el corrimiento de un talud modesto de 9 metros de altura, cerca de Córdoba, así como la inestabilización de algunos taludes de desmonte realizados en la autovía Madrid-Sevilla. En el Capítulo 18.5 del informe presentado por los peritos judiciales estos ya habían indicado que los embalses de los residuos de minas imponen sobre la estructura de cierre y los cimientos sollicitaciones mayores, a veces significativamente mayores, que los habituales en presas hidráulicas y que, en muchos países, se producen fallos en los diques de balsas mineras con una frecuencia relativamente alta.

UNDÉCIMO.- De lo expuesto en los dos fundamentos jurídicos anteriores resulta claramente que la rotura de la balsa de residuos mineros utilizada por la entidad recurrente no puede calificarse como un accidente fortuito e inevitable. Si los inclinómetros instalados se hubieran encontrado en perfecto estado de funcionamiento en los meses anteriores a la fecha en que se produjo la rotura del dique de la balsa la rotura podría haberse evitado o hubieran podido ponerse los medios adecuados para limitar sus consecuencias, y esto mismo habría ocurrido si en el Proyecto de recrecimiento de 1996 se hubiera verificado el informe

geotécnico que dio base al Proyecto original de construcción de la balsa y se hubieran instalado los adecuados instrumentos de control de la presión intersticial en el sustrato.

A BOLIDEN APIRSA, S.L. le era exigible, como titular de la explotación minera el deber de mantener la balsa en las adecuadas condiciones de seguridad y la omisión de ese deber comporta ese elemento de culpabilidad que la Administración ha tenido en cuenta al dictar el acuerdo de que trae causa este proceso.

En contra de lo sostenido por la parte recurrente, su responsabilidad no queda exonerada porque la rotura de la balsa se produjera por los defectos en el diseño de la presa según unos proyectos que no fueron elaborados por ella. A su juicio, su deber de diligencia quedó suficientemente cumplido por el encargo que para la redacción de dichos proyectos efectuó a dos empresas, INTECSA y GEOCISA, de reconocida reputación en el sector, de tal modo que fueron estas empresas las que no observaron el mas exquisito cuidado que les era exigible a pesar de que se habían comprometido a elaborar los mismos de acuerdo con la mejor técnica disponible.

Alega la parte actora que la presencia de estas empresas rompe el nexo causal que pudiera existir entre ella y la rotura de la balsa, que sería imputable sólo a aquellas, en particular a GEOCISA, que fue quien diseñó el plan de auscultación y a quien se encargó la realización de los pertinentes controles. Sin embargo, la responsabilidad administrativa no es delegable. A BOLIDEN APIRSA, S.L. le es imputable la culpa en la elección de esa empresa y la culpa por no haberse implicado mas directamente en la vigilancia de unos instrumentos de control creados para mantener en situación de seguridad una situación de riesgo creada por ella en el ejercicio de su actividad.

Por todo ello ha de rechazarse las alegaciones contenidas en el sexto de los fundamentos de derecho de la demanda, en el que la parte recurrente invoca el artículo 24.2 de la Constitución y asegura que no existen acreditados los elementos necesarios en que apoyar su culpabilidad.

DUODÉCIMO.- Alega también la sociedad recurrente que el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado por ella infringe el derecho fundamental de defensa reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución y el principio de tipicidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución . Ambas infracciones las considera relacionadas. A su juicio, la Administración ha hecho un relato genérico de los hechos y una cita inconcreta de los artículos de la Ley de Aguas que considera aplicables, de modo que no ha sido posible conocer qué infracciones son las que realmente se imputaban a dicha sociedad que, en consecuencia, no ha podido defenderse adecuadamente a lo largo del expediente.

Esta alegación no puede ser acogida por la Sala. Ciertamente el artículo 89 LA contiene varias prohibiciones encaminadas a la protección del dominio público hidráulico y la Administración no ha concretado cual de ellas aplica cuando le considera responsable de una infracción tipificada en los apartados f) y g) de su artículo 108 , el último de los cuales se refiere al incumplimiento de las prohibiciones establecidas en dicha ley. Se trata, sin embargo, de una omisión intrascendente. A lo largo del expediente la parte actora ha tenido conocimiento de los hechos que habían motivado su incoación, y las alegaciones formuladas al responder tanto al pliego de cargos como a la propuesta de resolución ponen de manifiesto que ha ejercido plenamente su derecho de defensa y que no se ha decidido en el acuerdo sancionador sobre ninguna cuestión que no se le hubiera sometido antes para su posible debate.

DECIMOTERCERO.- BOLIDEN APIRSA, S.L. se opone a la obligación de reparar los daños causados por el vertido, impuesta por la Administración en aplicación de los artículos 130.2 LRJPAC , 110.1 LA y 323 RDPH .

En primer lugar, aduce que puesto que en este caso la responsabilidad civil se exige como consecuencia de la comisión de una infracción administrativa, habiendo quedado acreditada la ausencia de culpabilidad exigible para sancionar por la infracción administrativa que le imputó la Administración debería anularse la responsabilidad civil que le es exigida como una suerte de consecuencia accesoria a la sanción administrativa. Toda la argumentación de la demanda pierde sustento si, según antes hemos declarado, concurren elementos suficientes para considerar que BOLIDEN APIRSA, S.L. no observó toda la diligencia que le era exigible como titular de la balsa de residuos mineros de Aznalcóllar.

Alega también que, puesto que la causa de la rotura de la presa se debió a que su ejecución se llevó a cabo de acuerdo con unos proyectos que incorporaban estimaciones erróneas sobre la resistencia de los materiales del subsuelo, resultan aplicables los artículo 1907 y 1909 del Código Civil que sujetan a responsabilidad, si la ruina del edificio se produce por defecto de la construcción, al constructor o al arquitecto. Independientemente de las acciones que BOLIDEN APIRSA, S.L. considere oportuno ejercitar contra quienes

construyeron la balsa, frente a terceros perjudicados, su responsabilidad deriva, según se ha expuesto en el deber de vigilancia que le correspondía como titular de la explotación de aquella.

DECIMOCUARTO.- Entiende la parte recurrente que la determinación del acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2000 que le impuso la obligación de satisfacer 41.606.316,75 € por los gastos ocasionados por la reposición de las cosas al primitivo estado incurre en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículos 62.1.b) LRJPAC . Puesto que la Administración sólo es competente para acordar dicha reposición cuando se trata de bienes del dominio público hidráulico pero no cuando se trata de daños causados a particulares, en los que son los Tribunales civiles los que habrían de decidir sobre las reclamaciones deducidas por estos contra el causante de los daños, la Administración habría incurrido en ese vicio de nulidad al imponer la reposición de terrenos de propiedad privada al estado anterior a la producción del daño.

La sociedad recurrente cuestiona una serie de partidas incluidas por la Administración en la relación de gastos efectuados para la reposición de las cosas al estado anterior desde una doble perspectiva: en la mayor parte de los casos por no haberse precisado, a su juicio suficientemente, el ámbito territorial de la actuación, de donde deduce que se han incluido intervenciones en terrenos de propiedad privada. En otros casos, por haberse incluido gastos que no guardan relación con la finalidad de reponer el terreno al estado en que se encontraba antes de producirse el vertido. Aunque la parte recurrente solicita por esta causa la nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros en este punto, es claro que el éxito de la pretensión conduciría solamente a la estimación parcial de la demanda y a la deducción de las cantidades consideradas improcedentes de la suma total señalada en aquel acuerdo.

Respecto al ámbito territorial afectado por la restauración no cuestiona la parte actora que esas labores de reposición de las cosas al estado anterior se encaminaron a la limpieza de terrenos afectados por el vertido de materiales procedentes de la balsa de Aznalcóllar, aunque duda de que esos trabajos se limitaran al cauce del río Guadiamar. Sin embargo es notorio que la naturaleza altamente contaminante de los productos arrastrados desde la balsa exigieron una urgente tarea de limpieza que evitara riesgos de filtraciones que pudieran causar daños irreparables al medio ambiente, singularmente a un acuífero de capital importancia para la zona, especialmente para el Parque Nacional de Doñana. La parte recurrente parece manejar un concepto de dominio público hidráulico limitado a las aguas y al cauce del río Guadiamar, sin tener en cuenta que la obligación de reposición alcanza a todas las dependencias del dominio público hidráulico incluidas en el artículo 2º LA , entre ellas los acuíferos.

Por el contrario, existen otras partidas de gastos en que la demandante alega que no existe elemento alguno en el expediente que permita conectarlas con la reposición de los terrenos al estado anterior, que es el título por el que la Administración repite contra BOLIDEN APIRSA, S.L. Se trata de una alegación que no ha merecido respuesta alguna del Abogado del Estado por lo que hemos de decidir ateniéndonos estrictamente a los elementos que aparecen en el expediente administrativo.

En primer lugar, se denuncia por la parte actora que se han incluido en la relación de gastos unas cantidades satisfechas por expropiaciones de diversas fincas de propiedad privada, respecto a las que no hay dato alguno que permita suponer que esa intervención ha sido necesaria para la restauración de dominio público hidráulico.

Esta alegación ha de ser acogida por la Sala. En los folios 1758 a 2034 del expediente remitido se documentan las actuaciones llevadas a cabo por la Administración en esta materia y en ellos no hay otros elementos que la relación de fincas y propietarios expropiados y las cantidades satisfechas en virtud de diversos acuerdos alcanzados con los expropiados, que alcanzan una suma total de 45.038.370 de pesetas. La Administración ha titulado esta parte del expediente como "actuaciones derivadas de la rotura de la balsa de residuos de la mina de Aznalcóllar. Urgencia. 1ª. Relación de Convenios". Pero no hay elemento alguno que permita conectar las expropiaciones con la necesidad de reparar el dominio público hidráulico, ni relacionarlas siquiera con la rotura de la presa.

Asimismo impugna la parte demandante la partida relativa al "Proyecto de control y permeabilización de la marisma de Doñana frente al Río Guadalquivir, al Brazo de la Torre y Entremuros".

Se trata de unas obras ejecutadas por la empresa Agroman según un Pliego de Condiciones elaborado por el Ministerio de Medio Ambiente, que se documenta en los folios 2035 y siguientes del expediente administrativo.

El importe de dichas obras ascendió a 178.878.676 pesetas y su objeto consistió en la reparación de la Montaña del Río, Prolongación de la Montaña del Río y Recrecido y prolongación del dique de la M.I. de Entremuros hasta el Brazo de la Torre, perimetralmente a la zona del "Matochal". La finalidad de estos trabajos era asegurar el Parque de Doñana de las crecidas del río Guadalquivir y embalsar el agua de precipitación y escorrentía superficial del coto, efectuando trabajos de reparación y mejora en esos elementos de protección, que nada tienen que ver con la rotura de la balsa de residuos. Por ello el importe de esta partida también debe ser excluido de la cantidad señalada por el Consejo de Ministros.

También alude la parte actora a una partida de 2.706.040 pesetas, correspondiente a la "Contratación de un servicio de vigilancia jurada de la depuradora de Entremuros", de las que en el expediente administrativo (folios 3656 a 3791) no aparece elemento alguno que permita su conexión con la restauración de los terrenos afectados por el vertido, por lo que también esta alegación ha de ser estimada.

Finalmente, ha de desestimarse la impugnación relativa a los gastos correspondientes al "Control ambiental en el ámbito geográfico afectado por la rotura de la balsa de residuos de BOLIDEN APIRSA, S.L.". Se trata de unos trabajos ejecutados por TECNOMA, S.A. en virtud de un contrato administrativo de emergencia concertado con esta empresa por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir el 25 de mayo de 1998, un mes después de la rotura de la balsa. Dicha actuación consistió básicamente en el control de calidad de las aguas superficiales, subterráneas, residuales y sedimentos de las cuencas afectadas, y del expediente resulta claramente su relación con la restauración de los terrenos afectados, toda vez que la finalidad del contrato era proporcionar a la Administración un conocimiento exacto del alcance de los vertidos respecto a los acuíferos de la zona, imprescindible para determinar la naturaleza de los trabajos de restauración.

DECIMOQUINTO.- Sostiene la parte actora que la cantidad de 2.870.181,66 € que le ha sido exigida para indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico es anulable, conforme a lo previsto en el artículo 63.1 LRJPAC, por suponer una duplicación de la obligación de reponer las cosas al estado anterior que también le ha impuesto la Administración, puesto que para la determinación de esta última cantidad se han tenido en cuenta conceptos, como los relativos a retiradas de lodos del cauce y actuaciones de depuración y control de aguas que son los que luego se utilizan para imponer esa obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico.

El principio de indemnidad del dominio público frente a las infracciones administrativas, que consagra el artículo 110.1 LA, se traduce en la obligación impuesta a los infractores de reparar los daños y perjuicios causados y de reponer las cosas a su estado anterior. La obligación de indemnizar es subsidiaria de la de reponer las cosas al estado anterior, de tal modo que no habrá lugar a indemnizar cuando todos los perjuicios hayan sido reparados mediante la reposición llevada a cabo. Así resulta claramente del artículo 325.1 RDPH que impone la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados cuando no puedan ser repuestas las cosas al estado anterior y, en todo caso, cuando como consecuencia de una infracción prevista en ese reglamento, subsistan daños para el dominio público.

En el supuesto presente la reposición de las cosas al estado anterior representa, como es obvio, la necesidad de devolver el cauce de los ríos Agrio, Guadiamar y los terrenos aledaños a la situación en que se encontraban antes de la rotura de la balsa lo que implica naturalmente la restitución de las aguas y de los terrenos a los niveles de calidad previos a dicho suceso. Pero esa reposición no ha podido impedir que durante el periodo de tiempo comprendido entre la producción de daño y la reparación de sus efectos las aguas se hayan visto afectadas negativamente por los vertidos producidos. Esto es, la reposición de las cosas no ha logrado una reparación integral de los daños causados al dominio público hidráulico y ello justifica que junto a esa obligación de reposición se haya impuesto otra de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

DECIMOSEXTO.- Asimismo en relación con la obligación de reponer las cosas al estado anterior, alega la sociedad recurrente que se trata de una exigencia nula por haberle sido impuesta sin observar el procedimiento legalmente establecido para ello, que habría exigido que previamente a la actuación de la Administración se le hubiera requerido para que ella misma procediera a la reparación "in natura" de los daños causados. Advierte que en el presente caso, no obstante la literalidad del acuerdo del Consejo de Ministros impugnado, no se le impone una obligación de reponer las cosas al estado anterior, puesto que esta reposición ya la ha llevado a cabo la Administración, sino la de satisfacer a la Administración los gastos que ha supuesto esa reparación, lo que significa que la Administración ha intervenido en ejecución subsidiaria de una obligación que le incumbía a ella, sin haber efectuado el previo apercibimiento al obligado que prevén los artículos 95 LRJPAC y 323.4 RDPH.

El artículo 323.3 y 4 RDPH establece que la exigencia de reponer las cosas a su primitivo estado obligará al infractor a destruir o demoler toda clase de instalaciones u obras ilegales y a ejecutar cuantos trabajos sean precisos para tal fin, de acuerdo con los planos, forma y condiciones que fije el Organismo sancionador competente. Si fuera necesario se procederá a la ejecución subsidiaria, previo apercibimiento al infractor y establecimiento de un plazo para ejecución subsidiarias. El supuesto de hecho del precepto comprende una exigencia de reposición de las cosas a su primitivo estado que se desarrolla a través de la imposición al infractor de obligaciones no personalísimas.

De acuerdo con la naturaleza de esas obligaciones su incumplimiento permite acudir al procedimiento de ejecución subsidiaria, para lo cual, de acuerdo con el artículo 95.1 LRJPAC ha de dirigirse previamente al obligado al oportuno apercibimiento. La concesión de un plazo al obligado, implícita en el artículo 95.1 LRJPAC y explícita en el artículo 323.4 RDPH condiciona el empleo de la ejecución forzosa a que el infractor no haya cumplido voluntariamente la obligación impuesta, por lo que es innecesario esperar al cumplimiento del plazo si el infractor expresamente o por actos concluyentes manifiesta su intención de no cumplir voluntariamente la obligación impuesta.

Presupuesto para la aplicación de estos preceptos es que por la propia naturaleza de la obligación de reparar "in natura" esta obligación pueda ser cumplida por el infractor y, en consecuencia, al infractor le ha de ser concedida en primer lugar la obligación de satisfacerla voluntariamente, circunstancia que no concurre en el presente caso.

Como pone de relieve el Abogado del Estado es un dato incontrovertido que la rotura de la balsa de la empresa recurrente produjo un vertido de lodos contaminantes en el cauce del río Guadiamar y terrenos adyacentes de una enorme magnitud y de una extraordinaria peligrosidad, con graves afecciones a la flora y fauna del sistema hídrico de dicho río y con un serio riesgo de que pudieran verse afectadas las aguas subterráneas. No sólo la naturaleza catastrófica del siniestro requirió la inmediata respuesta de la Administración para iniciar los trabajos de reparación de los suelos afectados sino que la misma entidad de dichas tareas exigió la intervención de medios personales y materiales en número e importancia tales que ni su aportación ni su coordinación podía esperarse con éxito de la sociedad causante de los vertidos.

La invocación del artículo 95 LRJPAC es errónea porque la Administración no ha actuado en ejecución subsidiaria de la sociedad recurrente sino a título propio en una actuación reparadora cuyo coste, según el artículo 110.1 LA debe ser satisfecho por el causante de los vertidos.

DECIMOSÉPTIMO. Alega también la parte recurrente que la Administración demandada ha actuado con desviación de poder porque el acto impugnado no responde a un recto ejercicio de la potestad sancionadora sino al deseo de obtener un resarcimiento de los costes que ha tenido que soportar con ocasión de la rotura de la balsa de Aznalcóllar.

Vuelve a plantear en esta alegación cuestiones que ya han sido resueltas en fundamentos jurídicos anteriores, como la referente a su ausencia de culpabilidad o la responsabilidad exclusiva de los proyectistas de la presa e introduce otras, como la eventual responsabilidad de la Administración por haber autorizado el funcionamiento de la presa, ajenas a lo que se está discutiendo en este proceso.

La base de la argumentación parece encontrarse en la idea de que frente a los fines a que responde la potestad sancionadora, la corrección de conductas tipificadas como faltas administrativas, la prevención general, para evitar la continuación de tales conductas, y la prevención especial, para evitar la persistencia de la conducta que en cada caso se sanciona ( sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 1988 ) en el presente caso la Administración ha pretendido principalmente recuperar los gastos que había tenido que afrontar tras la rotura de la balsa. Sin embargo, aunque la decisión sobre las reparaciones procedentes se haya adoptado en el mismo expediente sancionador, se trata, como ya dijimos, de acciones diferentes que tienen distinto fundamento. No cabe hablar de que la Administración ha actuado torcidamente en el ejercicio de su potestad sancionadora porque, como declaró esta Sala en sentencia de 29 de noviembre de 2001 , incluso aunque no hubiera habido pronunciamiento sancionatorio la Administración podía haber acordado la reposición de las cosas al estado anterior.

DECIMOCTAVO.- Finalmente alega BOLIDEN APIRSA, S.L. que la resolución impugnada es nula por ser nulos los artículos 314 a 320 RDPH .

Previamente conviene hacer dos observaciones. La primera que los artículos citados se refieren a las infracciones y sanciones administrativas. Su aplicación sólo afecta a la determinación del acuerdo del Consejo de Ministros de carácter sancionador no a las obligaciones reparadoras e indemnizatorias en dicho acto. La

segunda, que la parte actora hace una impugnación general de tales preceptos sin tener en cuenta que en un recurso indirecto sólo cabe atacar los preceptos de una disposición general que hayan sido aplicados en el acto inmediatamente impugnado.

Únicamente si esta impugnación prosperase podría el Tribunal, según resulta de los artículos 33.3 y 126.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , extender el enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los aplicados en el acto impugnado.

En el presente caso el Consejo de Ministros ha aplicado el artículo 317 RDPH que (tras la modificación producida por el Real Decreto 419/1993, de 26 de marzo ) califica como muy graves las infracciones enumeradas en los artículos anteriores cuando de los actos y omisiones en ellos previstos se deriven daños para el dominio público hidráulico cuya valoración superara los 7.500.000 de pesetas. A juicio de la parte actora dicho precepto atiende únicamente para calificar la infracción al importe de los daños causados al dominio público hidráulico sin respetar el mandato del artículo 109.1 LA que impone, para efectuar esa calificación, la consideración de un conjunto de circunstancias, y no sólo la del valor del daño causado, como son la repercusión de la infracción en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, su trascendencia por lo que se refiere a la seguridad de las personas y bienes y las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, del que el citado precepto reglamentario prescinde.

Dicho precepto establece esos criterios para la clasificación de las infracciones pero no exige que todos ellos se apliquen conjuntamente para todas y cada una de las infracciones tipificadas. Tratándose de daños al dominio público hidráulico parece razonable que una primera aproximación venga dada por la cuantía objetiva del daño causado aunque ello no excluya la posibilidad de utilizar los otros criterios proporcionados por el artículo 109.1 LA . Por ello el artículo 321 RDPH establece que "con carácter general, tanto para la calificación de las infracciones como para la fijación del importe de las sanciones previstas en los artículos anteriores, además de los criterios expuestos, se considerarán en todo caso las circunstancias previstas en el artículo 109.1 LA ". La parte recurrente denuncia que este precepto está en clara contradicción con el artículo 317.2 RDPH , que atiende a esas circunstancias del artículo 109.1 LA solamente para graduar como graves o muy graves las infracciones tipificadas en el artículo 108. g) LA . Mas que contradictorio con el artículo 321 RDPH, el 317 es superfluo porque la correcta interpretación del sistema impone la aplicación de este último a todo tipo de infracciones, incluida obviamente la tipificada en el artículo 108 g) LA .

Partiendo de la aplicabilidad del artículo 321 RDPH a la infracción cometida por BOLIDEN APIRSA, S.L. sostiene dicha parte que la sanción es desproporcionada al habersele impuesto la máxima multa posible sin tener en cuenta dos circunstancias de las previstas en ese precepto, como son la ausencia de malicia o culpa grave en su comisión y no sólo la falta de cualquier beneficio como consecuencia de ella sino la producción de grandes pérdidas para la empresa, que hubieran debido conducir a la imposición de una sanción en cuantía inferior.

Ya hemos advertido que no todas las circunstancias a que alude el artículo 109.1 LA deben ponderarse para la graduación de todas las infracciones sino que dependerá de las circunstancias del caso su valoración tanto para la calificación de la infracción como la graduación de la sanción a imponer. Tratándose de vertidos no autorizados parece razonable una primera graduación en función del perjuicio causado, sin que ello impida que pueda resultar una agravación si, además, el infractor ha obtenido algún beneficio de la infracción cometida.

Tratándose de la culpabilidad del infractor, es cierto que en este caso se ha descartado la existencia de dolo o culpa grave, pero esto es por lo que su acción no ha merecido reproche penal.

Por el contrario si la producción de los daños al dominio público hidráulico de mas de 7.500.000 de pesetas merece la consideración de infracción muy grave, en el presente caso la entidad de los daños causados cuyo importe rebasa en varios miles de millones de pesetas esa cifra, justifica por sí sola la imposición de la máxima sanción prevista legalmente.

DECIMONOVENO.- Por lo expuesto, procede estimar en parte el presente recurso sin que, conforme a lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción proceda hacer declaración expresa sobre las costas causadas.

## FALLAMOS

1º Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil BOLIDEN APIRSA, S.L. contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2002.



2º Anulamos dicho acuerdo en cuanto impuso a dicha empresa la obligación de reponer las cosas al estado anterior por un importe de 41.606.316,75 € y declaramos que de dicho importe han de deducirse las cantidades indicadas en el Fundamento Jurídico Decimocuarto de esta resolución, esto es, 225.082.350 pesetas (1.352.772,17 €).

3º Desestimamos las restantes pretensiones ejercitadas en la demanda.

4º No hacemos especial declaración sobre las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrado de esta Sala, de todo lo cual, yo, la Secretaria, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ