



T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2 A CORUÑA

SENTENCIA: 00404/2021

Recurso de Apelación nº 4215-2020



EN NOMBRE DEL REY

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

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASELES

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

En la ciudad de A Coruña, a 21 de julio de 2021.

En el recurso de apelación que con el nº 4215/2020 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por la Letrada de la Xunta de Galicia en nombre y representación de la Consellería de Sanidad; contra sentencia nº 110/2020, de 9 de junio de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vigo SENTENCIA: 00110/2020 PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000252 /2019, de 2 de junio de dos mil veinte. Parte apelada el Concello de Vigo -Letrado del Concello-.

Es Ponente la Magistrada D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el titular del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vigo se dictó con fecha 2 de junio de 2020, sentencia en autos de PA nº 52/2019, con la siguiente parte dispositiva: *"Que estimando como estimo la demanda deducida en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el CONCELO DE VIGO frente a la CONSELLERÍA DE SANIDADE, seguido como PROCESO ABREVIADO número 252/2019 ante este Juzgado, contra la resolución citada en el encabezamiento, la declaro contraria al ordenamiento jurídico, por lo que la anulo y deixo sin efecto.*

No se efectúa expresa imposición de las costas procesales".

SEGUNDO.- Por la representación de la parte apelante se interpuso recurso de apelación contra dicha resolución judicial, en el que se solicitó que se dicte sentencia en la que estimando el presente recurso se revoque la de instancia, desestimando las pretensiones del actor y considerando ajustada a derecho la resolución recurrida.

TERCERO.- El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes, formulando oposición la representación de la parte apelada, que interesa se desestime el recurso y se confirme íntegramente la resolución judicial recurrida, por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron las partes; por providencia se declararon conclusas las actuaciones; y mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 15 de julio de 2021.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en todo aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

SEGUNDO.- *Fundamentación jurídica del recurso de apelación.*

La sentencia de instancia estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la demandante contra la



resolución del Conselleiro de Sanidad de 26 de junio de 2019 por la que se desestimó el recurso de alzada formalizado contra la decisión del Director Xeral de Saúde Pública de Galicia de 17 de abril de 2019 por la que se imponía al Concello de Vigo una sanción de 10.500 € por la comisión de una infracción sanitaria tipificada como grave, por la falta de control en las actividades de vigilancia sobre la gestora del servicio municipal de aguas conforme a lo establecido en el art. 4.2 del RD 140/2003 en relación con el art. 42.e) de la Ley 8/2008.

Y refiere que en el expediente 2019022AM-PO, iniciado el 26/1/18, se acordó:

- Incoar un expediente sancionador al Concello de Vigo, como responsable del servicio de abastecimiento de agua de consumo humano en su término municipal.
- Suspender temporalmente el funcionamiento del laboratorio municipal para la realización de análisis de agua de consumo humano o actividades para las que se exija la posesión de certificación/acreditación, en tanto no presente la correspondiente certificación/acreditación prevista en el Real Decreto 104/2003, do 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de calidad del agua de consumo humano.

Siendo los incumplimientos por los que se inició este expediente:

a) Infracciones graves:

- Ausencia de certificación/acreditación del laboratorio municipal.
- Falta de determinación de metales en las analíticas de control.
- Ausencia de notificación a la autoridad sanitaria de los supuestos constatados de agua no apta para el consumo.

b) Infracción leve:

- No disponer de las analíticas de control en el grifo del consumidor de la Zona de Abastecimiento de Eiras-Zamans, en el Sistema de Información Nacional de Agua de Consumo (SINAC).

Y que las sanciones impuestas fueron:

1.- Por la infracción leve: 1.500 € (grado medio) atendiendo al hecho de que se trata de una conducta reiterada.

2.- Por las infracciones graves:

- 6.010,13 € (grado mínimo) por la ausencia de certificación/acreditación del laboratorio municipal.

- 6.010,13 € (grado mínimo) por la falta de determinación de metales en las analíticas de control.

- 8.000 € (grado medio) por la ausencia de notificación a la autoridad sanitaria de los incumplimientos constatados de agua no apta para el consumo.

3.- TOTAL: 21.520,26 € (1.500 + 6.010,13 + 6.010,13 +8.000)

En la Sentencia recaída en fase contenciosa en el PA 7/2019 de este mismo Juzgado C-A 1 de Vigo, sentencia 202/2019 de 11 de junio, se rebajó el importe de la tercera infracción grave a 6010,13 € y la infracción leve fue rebajada a 1.000 €, quedando el total de la sanción en 19.030,39 €.

Refiere además la parte apelante que el expediente sancionador objeto del presente procedimiento fue incoado por hechos distintos al anterior, esto es, por la falta de control en las actividades de vigilancia sobre el gestor, por lo que entendemos que no cabe apreciar la aplicación del principio "non bis in idem" como erróneamente efectúa el magistrado.

Y que resulta constatado que el Concello de Vigo no tenía laboratorio autorizado, las analíticas eran incompletas (metales pesados), no notificó a la autoridad sanitaria las situaciones de agua no apta para consumo y no disponía de analíticas cargadas en el SINAC; y deduce que estas actividades las debería haber realizado la concesionaria, por lo que el Concello no ejercía el adecuado control sobre la prestación de un servicio público, y muestra su disconformidad con la valoración de la prueba efectuada en la sentencia apelada. E insiste en que se trata de incumplimientos distintos a los tratados en la sentencia anteriormente dictada por el Juzgado.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

TERCERO.- Oposición a la apelación.

Considera que la Administración pretende sancionar al concello por la ausencia de control sobre la concesionaria, y que no se ha acreditado tal extremo, habiendo aportado prueba el concello sobre el control efectuado sobre las actuaciones de la concesionaria. De forma que la sentencia apelada no se basa en la aplicación del "non bis in idem", sino en la falta de prueba de la Xunta de Galicia sobre los hechos y sobre la prueba aportada, de donde deduce no acreditada la falta de control. Añade que no se vulnera el non bis in ídem, en la sentencia anterior ya se consideraba que el responsable era el Concello y no la concesionaria; y sí cumplió con la debida vigilancia.

CUARTO.- Fondo del recurso: no incumplimiento de las funciones de vigilancia por parte del Concello.

El objeto del recurso sobre que recae la sentencia apelada, viene constituido por la resolución del Conselleiro de Sanidade, de 26 de junio de 2019, desestimatoria del recurso de alzada contra resolución del Director Xeral de Saúde Pública de Galicia de 17 de abril de 2019, que impone al Concello de Vigo una sanción de 10.500 euros por la comisión de una infracción sanitaria tipificada como grave, por la falta de control en las actividades de vigilancia sobre la gestora del servicio municipal de aguas, tipificada en el art. 4.2 del RD 140/2003, en relación con el art. 42.e) de la Ley 8/2008, de Salud de Galicia, en que se tipifica como infracción grave "el incumplimiento, por negligencia grave, de los requisitos, de las condiciones, de las obligaciones o de las prohibiciones establecidas en la vigente legislación en materia sanitaria, así como cualquier otro comportamiento que suponga imprudencia grave, siempre que ocasionen alteración o riesgo sanitario, aunque sean de escasa entidad. Y el mismo incumplimiento y comportamiento cuando, cometidos por negligencia simple, produzcan riesgo o alteración sanitaria grave. Para los efectos de este apartado, constituirá un supuesto de negligencia la omisión del deber de control o la falta de los controles o de las precauciones exigibles en la actividad, en el servicio o en la instalación de que se trate".

Con anterioridad se había dictado sentencia por esta Sala y Sección con fecha 2 de octubre de 2020, nº 508/2020, recurso de apelación nº 4261/2019, confirmando la del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vigo, estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo contra resolución de la Consellería de Sanidad, reduciéndose el importe de la sanción impuesta. Y se consideraba, con relación a la responsabilidad del Concello de Vigo, y no de la concesionaria, que deriva de ser el titular de la red que conlleva el deber de llevar a cabo el control de la calidad del agua en el grifo del consumidor. Se hacía igualmente referencia, con respecto a las alegaciones efectuadas pretendiendo derivar la responsabilidad a la Xunta de Galicia, a que la responsabilidad y control directo corresponde al Concello con relación a la calidad del agua, efectuando la correspondiente verificación de que el conjunto de tuberías, depósitos y conexiones y aparatos instalados en inmuebles no aporten elementos que puedan degradar la calidad del agua de consumo humano, siendo el garante de que se analice la aptitud del agua para consumo y su notificación correspondiente a la Administración autonómica que ejerce funciones. El recurso de apelación fue desestimado. Así, se decía que *"...Ha de entenderse que la responsabilidad le corresponde al concello cuando conforme dispone el art. 20.1 del RD 140/2003, para las aguas de consumo humano suministradas a través de una red de distribución pública o privada, el municipio, o en su defecto otra entidad de ámbito local, tomará las medidas necesarias para garantizar la realización del control de la calidad del agua en el grifo del consumidor y la elaboración periódica de un informe sobre los resultados obtenidos; ..."*. Y en el fundamento jurídico octavo, sobre la responsabilidad del Concello, se decía que *"De acordo co establecido no Rd 140/2003 os concellos son responsables (art. 4.1.) de asegurar a potabilidade da auga subministrada no "punto de entrega ao consumidor" (a acometida).*

No caso de que a xestión do abastecemento sexa de forma indirecta (é o caso do Concello de Vigo, por concesión da xestión integral do servizo de augas a Aqualia) o autocontrol (art. 4.2º e 5º) é da responsabilidade dos xestores.

Os titulares dos establecementos e inmobles (art.4.3º e 7º) son responsables do mantemento das instalacións interiores



para evitar modificacións da calidade da auga "desde a acometida ata a billa".

...

En primer lugar, y con relación a la responsabilidad del Concello de Vigo, y no de la concesionaria, deriva de ser el titular de la red que conlleva el deber de llevar a cabo el control de la calidad del agua en el grifo del consumidor...".



La referencia a la aplicación del principio non bis in idem contenida en la sentencia aquí apelada, lo es por considerar que las deficiencias apreciadas en las analíticas de control y la ausencia de notificación de un posible caso de alerta sanitaria ya fueron objeto de enjuiciamiento previo, por lo que resulta vedada la posibilidad de volver a imputar aquellos mismos incumplimientos en un nuevo procedimiento sancionador. Ello es así, pero además ha de añadirse que no solo en la sentencia antes referida ya se consideraba la responsabilidad del Concello, y no de la concesionaria; sino que de la prueba practicada en primera instancia y cuya valoración se comparte, resulta que por la Administración local no se incurrió en esa negligencia que se le imputa, siendo de competencia municipal la gestión del agua de consumo humano, y en este sentido la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, contempla dentro de las competencias de la Administración autonómica en sanidad, las de inspección, pero también y por aplicación de su artículo 80, las entidades locales participan en el Sistema Público de Salud de Galicia en los términos previstos en dicha ley y disposiciones que la desarrollen, en la Ley general de Sanidad y demás legislación específica.

Con relación a la imputación de la dejación de su deber de control sobre la gestora, además, ha de compartirse la valoración de la prueba efectuada en la sentencia apelada: documental obrante en el expediente y en las actuaciones judiciales, sobre las actuaciones conjuntamente emprendidas entre Concello y concesionaria para atajar o paliar los efectos de la sequía en 2017:

"- Se realizó un seguimiento reforzado de la presa de Eiras, con tomas y análisis a diversas profundidades,

- Se solicitó de Augas de Galicia la reducción del caudal ecológico.

- Se implantó un proceso de oxidación con permanganato potásico en la salida de la presa, ozonización, coagulación, floculación y remineralización del agua, se solicitó autorización para rechloración en línea (en relación con Canido) y de estudios para el empleo de claraminas.
- Se continuó con la toma de muestras y realización de analíticas en las zonas y puntos de la red; actuaciones y resultados de los que se informó a la autoridad sanitaria.
- Se tomaron muestras de modo conjunto con los inspectores de Sanidad.
- Semanalmente, los técnicos municipales se reunieron con los de la concesionaria para estudiar la adopción y ejecución de las medidas precedentes y ejercer las funciones de control continuado".

Siendo ello corroborado por medio de la testifical, en concreto de las técnicas del laboratorio municipal respecto de la remisión mensual de los boletines y constante contacto telefónico con los responsables de Consellería; de donde cabe deducir que el Concello siguió tomando las muestras, sin desplazar exclusivamente sobre la concesionaria el control de la calidad del agua. Y en el mismo sentido, por el Jefe del servicio de vías, obras e infraestructuras municipales: "...si hasta la época en que se declaró la sequía ya se celebraban reuniones semanales con el gerente de la concesionaria con el objetivo de comentar las incidencias del servicio y articular las soluciones precisas, con ocasión de esa situación extrema (en octubre de 2017) se intensificaron las reuniones, con incorporación de un mayor número de responsables del Concello en aras a llevar a cabo un seguimiento más exhaustivo de tamaña incidencia. Así, en un primer momento, tras la declaración de sequía emanada de Augas de Galicia, se eliminaron baldeos periódicos de vías públicas y los riegos de campos de fútbol de hierba artificial y se redujo el caudal.

Cuando se detectó que la calidad de agua bajaba a la condición de apta con incumplimientos, se tomaron más medidas para mejorar esa calidad, llegándose a proponer un trasvase desde el río Verdugo (que nace en la aldea de Cernadelo, en el término municipal de Forcarei, y desemboca en el fondo de la Ría de Vigo, entre Arcade y Ponte Sampaio).



En esas circunstancias, el embalse de Eiras alcanzó el mínimo histórico del 30% de su capacidad.

En el mes de diciembre, se sucedieron fuertes lluvias que provocaron lo que se conoce con el nombre de "volcado" del embalse, que consiste en que las aguas pantanosas del fondo (más calientes) ascienden a la superficie, mientras que las frías de la lluvia descendieron a la profundidad de la presa, lo que aumentó la turbidez del agua dispuesta al abastecimiento.

A lo largo de esos meses críticos, la relación entre los técnicos municipales y los de la concesionaria fue diaria, incluyendo fines de semana, a modo de equipo ejecutivo que estudiaba e implementaba las medidas correctoras que el conocimiento técnico procuraba".

Y la declaración del Director técnico de Aqualia, "...refirió que, antes de la sequía, se reunía los lunes con los técnicos municipales para evaluar los asuntos ordinarios del servicio. Cuando devino la época crítica, la periodicidad aumentó, al punto de que, durante los meses de noviembre y diciembre, los contactos llegaron a ser diarios, bien vía telefónica, bien presencialmente. Se adoptaron las medidas precisas cuando el agua alcanzó niveles peligrosos de aptitud, triplicando las mediciones y destinando a mayor número de técnicos para afrontar la situación..."

Del examen de la prueba practicada, ha de compartirse que habiéndose puesto los medios para buscar soluciones, por el Concello de Vigo no se incurrió en la infracción sancionada - control sobre la concesionaria-; por lo que no considerándose la ausencia de control sobre la concesionaria imputada al Concello, no procedía la imposición de la sanción y el recurso de apelación ha de ser desestimado.

QUINTO.- Costas procesales.

Procede hacer imposición de las costas del recurso de apelación a quien lo interpuso al ser desestimado (artículo 139 de la LJCA), por el importe total de 1.000 euros por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Letrada de la Xunta de Galicia en nombre y representación de la Consellería de Sanidad; contra sentencia nº 110/2020, de 9 de junio de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vigo, dictada en autos de PA 252 /2019, de 2 de junio de 2020.

2) Hacer imposición del pago de las costas procesales a la parte apelante dentro del límite establecido en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así se acuerda y firma.