

Jurisprudencia Contencioso-Administrativa: ¿Retroceso en la protección del medio ambiente o madurez del derecho ambiental?

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ

Sumario

Página

I.	INTRODUCCIÓN: ¿UNA CIERTA DESPROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE O UNA NORMALIZACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL?	
II.	ESPACIOS NATURALES: EL PROTAGONISMO DE LOS PORN Y LA EXCEPCIÓN DE LOS LIC	
1.		<i>Carácter condicional de la declaración de LIC</i>
2.		<i>La relación normativa entre Ley de creación y los planes de ordenación</i>
A)	Invalidez del PRUG que rebaja el nivel de protección de determinadas áreas ..	
B)	El reconocimiento de un margen al PORN para la delimitación de los terrenos protegidos.....	
3.		<i>Nullidad del PRUG por falta de información pública</i>
4.		<i>Garantías procedimentales</i>
	<i>excepcional?</i>	
A)	¿Es recurrible la selección y propuesta de espacios naturales para su clasificación como LIC?.....	
B)	Procedimiento previo a la propuesta de LIC.....	
III.	PLANES DE RESTAURACIÓN MINEROS Y EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL...	
1.		<i>Plan de restauración y de ordenación</i>
	<i>116/1984</i>	
2.		<i>La posición del Tribunal Supremo</i>
3.		<i>La cuestión en la normativa vigente</i>
IV.	¿ES POSIBLE INSTALAR UN VERTEDERO EN UN PARQUE NATURAL? RESTAURACIÓN MINERA Y ESPACIOS NATURALES	
V.	CAZA: EL CIERRE JUDICIAL DE LA POLÉMICA DE LA «CONTRAPASA»	
VI.	EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL	
1.		<i>La falta de evaluación ambiental</i>
2.		<i>Evaluación de impacto ambiental</i>
3.		<i>Legitimación de una acción de amparo</i>
	<i>régimen transitorio de la autorización ambiental integrada</i>	

- A) Los hechos.....
 - B) El problema de la legitimación activa
 - C) Régimen transitorio de la autorización ambiental integrada e irregularidades procedimentales
4. *público de suelo no requiere de evaluación de impacto ambiental.....*
- VII. MEDIO AMBIENTE Y DERECHO A LA VIVIENDA
 - VIII. POTESTAD SANCIONADORA Y MEDIO AMBIENTE
 - IX. RUIDO: NULIDAD REGLAMENTARIA POR OMISIÓN DE UNA REGULARIDAD NECESARIA
 - X. LA POSIBILIDAD DE REGULACIÓN POR ORDENANZA LOCAL DE CUESTIONES AMBIENTALES
 - XI. LA AMPLIACIÓN DE LAS INSTALACIONES DE ALMACENAMIENTO TEMPORAL DE LAS CENTRALES NUCLEARES ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO.....
 - XII. AUTORIZACIÓN DE UN GESTOR DE RESIDUOS PELIGROSOS: VINCULACIÓN ESTRICTA DE LA ADMINISTRACIÓN POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La delimitación de una r

* * *

I. INTRODUCCIÓN: ¿UNA CIERTA DESPROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE O UNA NORMALIZACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL?

El Derecho ambiental parece haber alcanzado una cierta madurez y el Tribunal Supremo ya no se siente obligado a invocar directamente el derecho constitucional a un medio ambiente adecuado para abrir nuevas líneas jurisprudenciales, necesarias para no dejar sin protección aspectos ambientales relevantes. Es más, parece dar muy poca relevancia a la rutinaria alegación por la Administración del art. 45 de la Constitución y de las necesidades derivadas de la defensa del medio ambiente. En su gran mayoría, en las sentencias analizadas se hacen análisis y aplicaciones de la legislación aplicable conforme a las reglas generales del Derecho administrativo, lo que parece evidenciar la convicción de que los intereses ambientales están suficientemente protegidos en la legislación positiva. No obstante, la posición del Tribunal Supremo es bastante equilibrada: el panorama anterior contrasta con la importante sentencia de 21 de octubre de 2010, sobre adopción de medidas cautelares en materia ambiental, en la que sin entrar en la cuestión de si era exigible la realización de una evaluación de impacto ambiental para la ampliación del Puerto de Gijón –que considera una cuestión de fondo que no debe considerarse en ese momento–, valora la inexistencia de tal evaluación como un elemento de incertidumbre que coadyuva a la adopción de la medida cautelar de suspensión.

Volviendo a la relevancia que la invocación del medio ambiente pueda tener en la argumentación de los pronunciamientos judiciales, ciertamente sí se pueden encontrar este tipo de invocaciones en las sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo, aunque con efectos más modestos que en otras épocas: para limitarse a anular y devolver el asunto a la Administración, evitando la sustitución de una decisión denega-

toria de una solicitud de ampliación de una instalación de acuicultura marina, pese a calificar la discrecionalidad de la Administración de meramente técnica (STS de 23 de diciembre de 2009) o para ponderar la protección del medio ambiente con el derecho a la vivienda, aunque el argumento decisivo en este caso no es una supuesta prevalencia del medio ambiente, sino la legalidad aplicable (STS 29 de septiembre de 2010).

Esta normalización progresiva de la rama ambiental del Derecho administrativo quizá donde se aprecie con mayor claridad es un sector tan emblemático como el de los espacios naturales protegidos.

El Tribunal Supremo parece rechazar cada vez con más convencimiento que el fin de protección del medio ambiente suponga en sí mismo un margen de tolerancia a favor de la Administración; de hecho, pueden encontrarse más pronunciamientos contrarios a la Administración que favorables, probablemente consecuencia de la falta de músculo jurídico en los departamentos autonómicos dedicados a la protección ambiental. En este sentido, el Tribunal Supremo se permite afirmar que la desprotección del medio ambiente, consecuencia de la omisión de la elaboración y aprobación del PORN y, en consecuencia, la nulidad de la declaración de espacio natural, motivada por la falta de consideración de los intereses privados y sociales en un procedimiento administrativo, sólo es imputable a la Administración, por lo que rechaza que la simple invocación del art. 45 de la Constitución y de la conocida como doctrina González Navarro suponga un margen de tolerancia a favor de la Administración (STS de 11 de noviembre de 2009).

También en materia de espacios naturales, el procedimiento de elaboración de reglamentos –y más concretamente, el trámite de información pública– se considera aplicable a los procedimientos de PRUG o PORN, incluso sin previsión expresa en la normativa ambiental (STS de 10 de diciembre de 2009).

En esta línea resulta muy contundente la toma de postura del Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de diciembre de 2009, en un asunto de autorización de un gestor de residuos peligrosos, materia en la que la Administración se había considerado investida de unos poderes ampliamente discrecionales:

«Seguimos, en síntesis, en el modelo liberal de la autorización reglada encaminada a la comprobación del lícito ejercicio de sus derechos por parte de los ciudadanos, y, no, en modo alguno –como parece defender la Comunidad Autónoma recurrente–, en presencia de unas supuestas autorizaciones constitutivas y creadoras de situaciones jurídicas de corte discrecional. *No hay, pues, mas intervención administrativa, aun sea en defensa del medio ambiente, que la expresa y concretamente habilitada por la ley*».

No obstante, en mi opinión no puede considerarse que el Tribunal Supremo adopte una posición sistemáticamente negativa respecto a los intereses ambientales; su posición es bastante equilibrada, corrigiendo también posiciones restrictivas de la Administración, por ejemplo, en materia de legitimación activa de las asociaciones ecologistas, tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa (Sentencia de 1 de diciembre de 2009).

El Derecho administrativo ambiental parece haberse convertido en más «administrativo» y menos «ambiental». En otros términos, existe una clara especialidad por razón de la materia, pero esa especialidad se refiere a las concretas soluciones establecidas en las normas positivas, pero ya no a unos principios diferenciados. Más concretamente, no existe una modulación del principio de legalidad que permita a la Administración actuar con un mayor margen de apreciación en materias ambientales, amparada en una actitud deferente de los tribunales de justicia y, más específicamente, por el Tribunal Supremo.

Esto puede ser consecuencia de una tendencia general, apreciable en ámbitos como el económico, a exigir mayor rigor jurídico en la actividad administrativa, después de un periodo en que la nueva legitimidad democrática de las autoridades administrativas parecía traducirse en el otorgamiento de un mayor margen de apreciación. Pero también puede ser consecuencia de un mayor grado de madurez del Derecho ambiental, ámbito en el que ha existido una ingente producción normativa en los últimos años. Se trata de un sector del ordenamiento más completo, técnicamente más depurado, mejor conocido, en el que los particulares argumentan con mayor acierto sus posibilidades y los tribunales de justicia, además de que parecen haber perdido un cierto temor reverencial que pudo existir en otra época, encuentran normas jurídicas que les suministran referencias seguras sobre el nivel de intervención y el grado de discrecionalidad permitidos a la Administración.

Sin embargo, sí se puede apreciar la antigua deferencia judicial cuando se trata de la ejecución del Derecho comunitario: el Tribunal Supremo sigue permitiendo que se adopten acuerdos relevantes, como la delimitación de una Zona Especial de Protección de Aves, sin ningún acto previo de trámite con relevancia externa, inclusive el trámite de audiencia (sentencias de 20 de mayo de 2008 y de 26 de febrero de 2010). Pero incluso aquí habría que introducir un matiz: la declaración expresa de que es admisible el recurso contencioso-administrativo contra la propuesta de Lugares de Interés Comunitario (Sentencia de 11 de mayo de 2009) ya supuso en sí un avance en la normalización del Derecho ambiental, también cuando se trata de ejecutar legislación comunitaria.

II. ESPACIOS NATURALES: EL PROTAGONISMO DE LOS PORN Y LA EXCEPCIÓN DE LOS LIC

En materia de espacios naturales el saldo parece ser globalmente desfavorable para la Administración, que ha sufrido una serie de reveses judiciales durante los últimos meses: declaración de la improcedencia de denegar una autorización de actividad, debido a que la declaración de un espacio natural debía entenderse caducada por el transcurso de más de un año sin la aprobación del PORN¹; la invalidez de una nueva delimitación del espacio natural, en contradicción con la ley de creación, por medio del Plan rector

1 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 11 de noviembre de 2009, recurso de casación núm. 4102/2005 (RJ 2009, 7994), ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

de uso y gestión² (aunque en otra sentencia se admita un margen de apreciación a favor del PORN³) o, finalmente, la nulidad de un PORN por omisión de la información pública y falta de memoria económica⁴. Sin embargo, en claro contraste con la línea de rigor enunciada y con las exigencias formales expresadas en el último pronunciamiento citado, el Tribunal Supremo considera que la declaración de una Zona de Protección de Aves no requiere de trámite de audiencia previo a su adopción⁵.

1. CARÁCTER CONDICIONAL DE LA DECLARACIÓN DE ESPACIO NATURAL Y NECESIDAD DE PORN

En la Sentencia de 11 de noviembre de 2009, el Tribunal Supremo respalda al tribunal de instancia⁶, que había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación de la autorización para proceder al relleno de una gran poza consecuencia de labores mineras realizadas por la propia empresa solicitante, tiempo atrás, en unos terrenos situados actualmente en un espacio natural, concretamente el Parque del Macizo de Peña Cabarga, y además había anulado una declaración de espacio natural protegido.

Las razones de la denegación de la autorización por la Administración fueron ambientales: los efectos del tiempo, que daban a la poza «un grado de naturalidad elevado» pese a su origen artificial y la ubicación de la poza en un espacio natural, lo que convertía en indeseable la desaparición de un lugar convertido en área de refugio, alimentación y reproducción de aves y otra fauna silvestre, además del impacto negativo sobre el paisaje, tanto en la fase de ejecución como finalizado el relleno.

La empresa responde atacando la consideración de espacio natural protegido por deficiencias en el procedimiento de declaración (se alega que no se dio audiencia a los propietarios, ni hubo trámite de información pública y ni tan siquiera se consulto a los intereses sociales) y por la falta de aprobación tanto del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales como del Plan de Uso y Gestión previstos en el Decreto de declaración.

Efectivamente, el problema principal para mantener la posición de la Administración venía de la falta de un Plan de ordenación de los recursos naturales aplicable al espacio natural protegido. Por lo demás, la omisión de la Administración de la Comunidad de Cantabria era ostensible: quince años después de la declaración del espacio natural (por Decreto 81/89, de 7 de noviembre), no existía ni PORN ni PRUG, lo que

2 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2009, recurso de casación núm. 3930/2005 (RJ 2010, 1248), ponente Rafael Fernández Valverde.

3 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 13 de noviembre de 2009, recurso de casación núm. 3511/2005 (RJ 2010, 1745), ponente Pedro José Yagüe Gil.

4 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 10 de diciembre de 2009, recurso de casación núm. 4384/2005 (RJ 2010, 2189), ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

5 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 26 de febrero de 2010, recurso de casación núm. 276/2006 (RJ 2010, 4111), ponente Pilar Teso Gamella.

6 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria núm. 207/2005, de 22 de abril, recurso contencioso-administrativo núm. 248/2004 (RJCA 2005, 600), ponente María Josefa Artaza Bilbao.

supone una infracción del art. 15.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, norma vigente hasta el 15 de diciembre de 2007⁷, de acuerdo con la cual:

«Excepcionalmente, podrán declararse parques y reservas sin la previa aprobación del Plan de ordenación de los recursos naturales, cuando existan razones que lo justifiquen y que se harán constar expresamente en la norma que los declare. En este caso *deberá tramitarse en el plazo de un año, a partir de la declaración de parque o reserva, el correspondiente Plan de ordenación*».

La defensa de la Administración es imaginativa: aunque haya habido un incumplimiento en lo que respecta al PORN, su no aprobación no debe perjudicar a la protección del entorno que se deriva de la creación del Parque, invocando la jurisprudencia sobre el carácter prevalente de la protección del medio ambiente (a lo que el Tribunal Supremo contesta que dado lo palmario del incumplimiento, la desprotección sólo es imputable a la propia Administración). Frente a la denuncia de los incumplimientos en el procedimiento de declaración, se alega que este tipo de irregularidades no son invocables en el recurso indirecto contra reglamentos.

Debe tenerse en cuenta que, al menos desde el 2003⁸, el Tribunal Supremo viene anulando las declaraciones de espacios naturales protegidos cuando en el transcurso de un año no se aprueba el correspondiente PORN. No obstante, el propio Supremo ha matizado que el transcurso de más de un año no convierte en inválido el PORN aprobado con posterioridad⁹. Como se afirma en la sentencia de 28 de junio de 2004 (fd octavo):

«No es la declaración de Parque lo que presta cobertura al Plan de Ordenación de los Recursos Naturales sino lo contrario, por lo que la pérdida de vigencia de aquella declaración, o lo que es lo mismo la aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales transcurrido un año desde la declaración de la zona como Parque, no determina la nulidad del plan. Bien entendido que ello no libera a la Administración de la necesidad de efectuar la oportuna declaración de Parque a fin de que el terreno objeto del Plan o la parte del mismo que considere oportuno disponga de la protección inherente a la clasificación otorgada».

7 El mecanismo ha sido sustancialmente mantenido con la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, cuyo art. 35.2 presenta idéntico tenor literal. No obstante, deben tenerse en cuenta los arts. 21 y 22 se establece un sistema de medidas cautelares y protección provisional en tanto se elabora el PORN, y que podrían hacer innecesaria la excepcional declaración de espacio natural sin la previa elaboración del PORN.

8 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 6 de mayo de 2003, recurso de casación núm. 3727/1997 (RJ 2003, 4053), ponente Manuel Vicente Garzón Herrero. En el mismo sentido, la Sentencia de 21 de octubre de 2003 (recurso de casación núm. 10867/1998 [RJ 2004, 54]). En la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 22 de febrero de 2005, recurso de casación núm. 2278/2002 (RJ 2005, 5175), ponente Rafael Fernández Valverde, se anuló una sanción por la construcción de invernaderos basándose en un cambio normativo sobrevenido, que suponía la redelimitación del espacio natural, aunque a mayor abundamiento se invocase la inexistente aprobación del PORN.

9 Sentencias de 28 de junio de 2004 (recurso de casación núm. 4337/2001, [RJ 2004, 5195], ponente Ricardo Enríquez Sancho), en relación al Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque de la Sierra y Cañones de Guara; y de 5 de abril de 2006 (recurso de Casación núm. 373/2003, [RJ 2006, 3089], ponente Jesús Ernesto Peces Morate), en relación al Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Regional en torno a los Ejes de los Ríos Manzanares y Jarama.

Por lo demás, esta posición es coherente con lo afirmado por el Tribunal Constitucional sobre la función del PORN y de su procedimiento de elaboración¹⁰:

«Sin Plan de ordenación, la declaración del espacio natural es en buena medida *inoperante*, siendo esto lo que el art. 15 trata fundamentalmente de evitar y como, por lo demás, resulta también del art. 13.1 Ley andaluza. Pero *el Plan cumple además otra finalidad, cual es la prevista en el art. 6, permitir la audiencia de los interesados, la información pública y la consulta de los intereses sociales afectados*, trámites que deben formar parte del procedimiento de elaboración del Plan».

En la Sentencia de 11 de noviembre de 2009 se reitera la doctrina anterior, reafirmando la nulidad sobrevinida de la declaración de espacio natural, cuando ésta haya sido hecha mediante una norma reglamentaria, por el incumplimiento del plazo de aprobación del PORN, profundizando en las razones de fondo y puntualizando la diferente conceptualización jurídica en función de que la declaración de espacio natural hubiese sido hecha mediante Ley –ineficacia– o mediante decreto –nulidad– (F. tercero):

«[la razón de la declaración de nulidad] no está en el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, respecto de la información pública, audiencia a los interesados y consulta de los intereses sociales e institucionales, sino que *la ausencia de estos requisitos formales*, como indica con acierto el Tribunal a quo, *constituye una causa para que la mentada Ley exija, antes de declarar un Parque o Reserva natural, la elaboración y aprobación del correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales*, a cuyo procedimiento de elaboración se refiere el citado artículo 6 con la finalidad de cumplir unos *trámites en garantía de los intereses afectados, de manera que sólo excepcionalmente puede prescindirse de ellos* para hacer aquella declaración cuando, dentro del plazo de un año, se tramite el aludido Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, en cuyo procedimiento habrá que respetar las indicadas informaciones y audiencias, lo que en el supuesto enjuiciado no se ha producido con evidente quebranto de todos esos intereses afectados, y justifica, por tanto, que *la Ley prive de operatividad y vigor a la declaración de Parque o Reserva natural, que, cuando se efectúa por la Administración, es determinante de su nulidad, a diferencia de lo que sucede cuando se realiza por Ley* (artículo 18.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo), *en que pierde su eficacia con todas las consecuencias jurídicas derivadas de ello*, que recobra cuando se aprueba el correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales siempre que perduren o permanezcan las razones por las que mediante dicha Ley se declaró la zona parque o reserva, según lo entendió esta Sala en su referida Sentencia de 5 de abril de 2006 (RC 373/2003, fundamento jurídico cuarto)».

2. LA RELACIÓN NORMATIVA ENTRE LEY DE CREACIÓN Y LOS PLANES AMBIENTALES

Cuando la creación de un espacio protegido se hace mediante una Ley de declaración del mismo, intuitivamente parece que la relación con los planes de ordenación de los recursos naturales o de uso y gestión será una relación jerárquica, la propia y típica de una ley y un reglamento. Sin embargo, esa concepción intuitiva sería susceptible de algún matiz: si bien no es posible que en el plan se rebaje el nivel de protección que resulte de la Ley de declaración, sí será posible en determinados casos un

10 STC 163/1995, de 8 noviembre, cuestión de inconstitucionalidad núm. 2346/1993, ponente Pedro Cruz Villalón.

desarrollo o concreción de aspectos no completamente predeterminados en la norma de creación.

A) Invalidez del PRUG que rebaja el nivel de protección de determinadas áreas

El caso resuelto por la Sentencia de 3 de noviembre de 2009 tiene su origen en la impugnación del Decreto 181/2003, de 22 de julio, de modificación del Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai, para delimitar como área a ordenar por el Planeamiento Urbanístico el Barrio de Kanala, perteneciente a los términos municipales de Gautegiz Arteaga y Sukarrieta. La superficie afectada era de casi 28 Ha (algo más de 14 calificadas como Área de Núcleo de Población de Kanala y las restantes como Áreas de Protección de Litoral y de Protección de Encinares Cantábricos), pese a todo una pequeña porción de la superficie total de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai, que es de unas 22 mil Ha.

Esa modificación fue recurrida por una asociación ecologista y el recurso estimado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco¹¹. La razón de la estimación fue, en síntesis, que se contradecía la Ley 5/1989, de 6 de julio, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai, en cuanto que fijaba cuatro áreas de especial protección (de la ría, del litoral, de encinares cantábricos y de interés arqueológico), habilitando al Gobierno vasco para la aprobación de un PRUG y facultándole para ampliar la delimitación de las Áreas de Especial Protección y fijar definitivamente el régimen de usos. No obstante, las áreas que en el momento de la entrada en vigor de la Ley estuvieran clasificadas como suelo urbano, urbanizable o apto para urbanizar, aunque comprendidas en la delimitación perimetral de la RBU, quedaban al margen de la ordenación por el PRUG, limitado a las áreas de suelo no urbanizable, en las que prevalece sobre el planeamiento urbanístico. En contradicción con lo anterior, en el PRUG se dejaba abierta la posibilidad de que el planeamiento municipal ordenase suelo distinto del urbano, urbanizable o apto para urbanizar. Aunque tal posibilidad se encontraba ya recogida en el PRUG original (aprobado por Decreto 242/1993, de 3 de agosto), y a que no se había planteado un recurso directo contra el texto original del PRUG, ante su mantenimiento en su reforma (realizada por Decreto 181/2003, de 22 de julio), la Sala de instancia –tras hacer uso del art. 33 LJ y plantear a las partes su incompatibilidad con la Ley del espacio natural– declara su nulidad. Las razones de la estimación del recurso son básicamente dos: primero, la contradicción entre el PRUG y la Ley de creación de la reserva, con infracción de la jerarquía normativa, a la que se acaba de aludir, y, segundo, la arbitrariedad y falta de justificación de la ordenación.

En cuanto a la primera cuestión, el recurso de casación interpuesto por el Ejecutivo vasco se basa en que rechazar la utilización del principio de jerarquía normativa iría contra la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la relación entre los PRUG y las

11 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 342/2005, de 28 de abril, recurso contencioso-administrativo núm. 2666/2003 (JUR 2005, 212474), ponente José Antonio Alberdi Larizgoitia.

normas legales que crean los espacios protegidos, jurisprudencia que se plasmaría en las sentencias de 11 de noviembre de 1997¹² y 30 de abril de 1998¹³, conforme a las cuales la aprobación de un PRUG no supone el desarrollo de una ley, sino el ejercicio de una atribución de competencia que comporta un ámbito de discrecionalidad para fijar, de acuerdo con la evolución del espacio protegido, las normas de protección y gestión del mismo. La lectura de las citadas sentencias lleva a la conclusión de que su cita era un poco forzada, pues en ella se legitimaba la introducción en un PRUG –el de Doñana– de nuevas limitaciones de usos, no la rebaja del nivel de protección de determinadas zonas, como sucedía con el PRUG de Urdaibai. En todo caso, el Tribunal Supremo rechaza este motivo de casación (fd cuarto):

«No se trata, sin embargo, de que en el marco del principio de jerarquía normativa el PRUG deba de tener la consideración de norma reglamentaria de desarrollo de la norma legal autonómica, ya que, *al margen de que el mismo desarrolle algunos aspectos concretos de la ley*, lo significativo, en el supuesto de autos, es que la sentencia de instancia ha considerado que *la determinación del ámbito de protección de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai estaba fijada en la dicha norma, lo cual lo hacía indisponible para el Gobierno a través de la modificación del PRUG que se impugna*; no se trata, pues, *solo de una vulneración del principio de jerarquía normativa, sino del propio principio de legalidad*; esto es, como dice la sentencia, no solo "un exceso en relación con la habilitación reglamentaria, sino algo que es más grave, la infracción directa del art. 3.5 LRBU"».

Por otra parte, el Tribunal Supremo también avala el argumento de la arbitrariedad de las determinaciones introducidas por el PRUG: ni aparece acreditada la necesidad de nuevo suelo urbano en la zona, ni se ha acreditado el cambio de las condiciones físicas y medioambientales que llevaron en su momento a la protección del espacio y que la habrían convertido en innecesaria.

B) El reconocimiento de un margen al PORN para la delimitación de los terrenos protegidos

La Sentencia de 13 de noviembre de 2009 sirve en cierto modo como contraste de la anterior. En ella se casa la sentencia de instancia¹⁴ y, como consecuencia, se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para el Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno.

12 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 11 de noviembre de 1997, recurso contencioso-administrativo núm. 4979/1992 (RJ 1997, 8455), ponente Antonio Martí García, en la que se dio por buena la previsión en el PRUG de Doñana de limitaciones de usos no previstas en la normativa de creación.

13 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 30 de abril de 1998, recurso contencioso-administrativo núm. 6611/1992 (RJ 1998, 4059), ponente Antonio Martí García, también relativa al PRUG de Doñana.

14 Sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid de 21 de febrero de 2005, recurso contencioso-administrativo núm. 1440/1999 (JUR 2005, 120048), ponente Mª Jesús Vegas Torres.

Un punto fuerte en la argumentación del recurso era la existencia de una sentencia judicial previa en la se había rectificado la clasificación por un plan urbanístico –las Normas subsidiarias de Torrelodones– de unos terrenos, reconociéndolos como urbanizables. El contenido de esa sentencia no se había incorporado físicamente a la documentación del planeamiento o, al menos, no a su parte gráfica. Esto produce problemas cuando, partiendo del plan urbanístico originario, la Comunidad Autónoma aprueba el Plan de ordenación de los recursos naturales de un nuevo parque. Aunque la delimitación del espacio natural se pretendía que coincidiera con la del suelo no urbanizable –según se señala en la Memoria del Plan–, se incluyen en la delimitación gráfica los terrenos cuya clasificación como urbanizables había sido establecido en sentencia.

El Tribunal Supremo establece tres premisas.

Primero, la *prevalencia del Plan de ordenación de los recursos naturales sobre los planes urbanísticos*, incluso cuando el contenido de éstos haya sido establecido en sentencia judicial firme: en el caso, la clasificación de unos terrenos como urbanizables, condición que pierden al ser incluidos en el espacio natural delimitado por el PORN.

Segundo, el Tribunal Supremo rechaza que exista un defecto de motivación –en la exposición de motivos del PORN sólo se hacía referencia a suelos clasificados como no urbanizables–, puesto que debe darse un *mayor valor a las razones contenidas en los documentos técnicos incluidos en el expediente, sobre la expresión más formal de la memoria*.

Tercero, pese a la referencia expresa a que la delimitación del espacio natural se correspondía con el suelo clasificado como no urbanizable, el Tribunal Supremo entiende que *no es aplicable la prevalencia de la parte literaria de los planes ambientales sobre la gráfica*, como ha afirmado en otras ocasiones, ya que esa solución sólo se aplicará cuando no sea posible determinar donde se halla el error.

Puede señalarse que se trata de un supuesto en el que la aprobación del PORN, por Decreto 26/1999, de 11 de febrero, es anterior a la declaración del espacio natural protegido y, por tanto, a la delimitación hecha por el legislador en el art. 2 de la Ley 20/1999, de 3 de mayo, del Parque Regional del Curso Medio del río Guadarrama y su entorno. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid prescinde completamente de la norma legal en su sentencia, lo que es denunciado por la defensa de la Comunidad autónoma y apreciado por el Tribunal Supremo ... que también prescinde completamente de la declaración legal en la fundamentación de su sentencia, aunque cambia el sentido del fallo de la primera instancia y da la razón a la Administración, aunque apoyándose fundamentalmente en los valores naturales de los terrenos, según se aprecia en los documentos incorporados al expediente de aprobación del PORN.

3. NULIDAD DEL PRUG POR FALTA DE INFORMACIÓN PÚBLICA Y MEMORIA ECONÓMICA

Lo cuestionado en el recurso contencioso-administrativo resuelto por la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 era la validez del Decreto 65/1998, de 17 de marzo, de la Dipu-

tación General de Aragón, sobre aprobación del Plan Rector de Uso y Gestión de Paisaje Protegido de los Pinares de Rodeno. En la sentencia de primera instancia se había estimado el recurso¹⁵, pero el Tribunal Supremo la casa por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio: se basaba en una anterior sentencia estimatoria del recurso contra la declaración del espacio natural como «paisaje protegido», sin tener en cuenta que había sido anulada por el Tribunal Supremo, en sentencia que aparecía incorporada a los autos por haberse suspendido el proceso en tanto se resolvía el recurso de casación¹⁶.

Casada la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo entra a examinar el recurso contencioso-administrativo presentado contra el PRUG del «paisaje protegido» de los Pinares de Rodeno, recurso que estima al entender que la omisión de la información pública de la memoria económica son causa de nulidad del mismo. En cuanto a la falta de memoria económica, existía un precedente claro en la ya citada Sentencia de 27 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 2686/2004), también respecto a un Decreto aragonés de protección del cernícalo primilla y de su hábitat (fd quinto):

«Debemos destacar como el expresado Decreto fue aprobado sin las previas Memorias Económica y Justificativa, previstas en el artículo 32.2 de la ya citada Ley aragonesa 1/1995, de 16 de febrero, del Presidente y del Gobierno de Aragón, que expresamente dispone: "El proyecto de disposición general de que se trate deberá ir acompañado de una exposición de motivos y de una memoria que justifique la necesidad de la promulgación de la norma, su forma de inserción en el ordenamiento jurídico y una valoración de los efectos que, a juicio del Departamento propo-

15 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 246/2005, de 18 de marzo, recurso contencioso-administrativo núm. 772/1998 (JUR 2005, 198509), ponente Natividad Rapún Gimeno.

16 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2003, recurso de casación núm. 7529/1999 (RJ 2004, 106), ponente Segundo Menéndez Pérez, en la que se reitera la doctrina de que no es preciso el dictamen del Consejo de Estado con carácter previo a la declaración de un espacio natural o de la aprobación del PORN, por no ser reglamentos ejecutivos de las leyes.

Respecto a la declaración de parques naturales, el Tribunal Supremo había declarado reiteradamente con anterioridad la innecesariedad de dictamen del Consejo de Estado: Sentencia de 24 de septiembre de 1980 (RJ 1980, 3449), sobre creación del Parque Nacional de Doñana; Sentencia de 6 de julio de 1982 (RJ 1982, 5349) sobre el Real Decreto de creación del Parque Natural de Monfragüe; Sentencia de 27 de junio de 1990 (RJ 1990, 5341), sobre el Real Decreto de declaración del Parque Natural de Las Dunas en Corralejo de la Isla de Lobos (Fuerteventura).

No obstante, será preciso examinar cada Decreto en concreto para verificar si se limita a la aprobación de un plan de protección de un espacio natural o introduce un contenido reglamentario que lleva a calificarlo como reglamento ejecutivo. Esto lleva al Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 27 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 2686/2004, (RJ 2008, 4100), ponente Rafael Fernández Valverde) a anular el Decreto 109/2000, de 29 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se estableció un régimen de protección para la conservación del cernícalo primilla (*Falco naumanni*) y se aprobó el Plan de Conservación de su Hábitat, con la siguiente consideración (F. tercero)

«Nos encontramos, pues, ante un conjunto de normas, surgidas del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno de Aragón, que innovan el Ordenamiento jurídico –y permiten, con la delegación que contienen, continuar innovándolo– y en las que se fundamentan un conjunto de obligaciones jurídicas para los particulares y para la propia Administración, de carácter ejecutivo y vinculante, como pone de manifiesto el mismo Preámbulo del Decreto».

Por otra parte, el Tribunal Supremo también apreció la insuficiencia de la memoria económica (fd quinto), como se expone más adelante.

nente, puedan seguirse de su aplicación. Cuando la ejecución del reglamento conlleve efectos económicos, la propuesta deberá ir acompañada de la memoria económica correspondiente".

La sentencia reconoce que han sido incorporadas al expediente con posterioridad a la aprobación del Decreto, al advertirse su ausencia en el informe del Letrado de los Servicios Jurídicos en fecha de 9 de mayo de 2000, reconociendo la sentencia que así como la Memoria Justificativa tardíamente aportada era suficientemente detallada y cumplía las exigencias del citado artículo 32.2, sin embargo ello no acontecía con la Memoria Económica, igualmente aportada con posterioridad, y que se califica de manifiestamente insuficiente para colmar la exigencia normativa».

En lo relativo a la falta de memoria económica, la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 prácticamente se limita casi a citar la precedente de 2003, seguramente porque ya había argumentado con detalle la nulidad del PRUG impugnado por falta de información pública en su elaboración, aunque sí hace una interesante observación sobre las limitaciones y condiciones de uso que para los propietarios comporta el PRUG, que pueden llegar a comportar indemnizaciones cuando supongan la ablación de derechos, «incluido el justiprecio expropiatorio cuando se produzca una total privación del derecho» de propiedad, pero que «no son determinantes de la ilicitud de la norma que las establece, sino que comportan el derecho a una congrua reparación, que los afectados están legitimados para pedir a la Administración, y es una de las razones por las que se hace necesario que las normas reguladoras de dichos espacios naturales protegidos deban contener, según establecen los artículos 11 y 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, los instrumentos financieros y el régimen económico para atender a las indicadas compensaciones, reparaciones o indemnizaciones» (F. sexto).

No obstante, el punto fuerte de la argumentación sigue siendo la virtualidad invalidante de la omisión de información pública, cuyo párrafo más significativo merece ser transcrito, pese a su extensión (F. cuarto):

«El que la aludida Ley 4/1989, de 27 de marzo, no establezca expresamente dicho trámite de información pública, respecto del Plan Rector de Uso y Gestión, no implica que no venga impuesto por otras disposiciones con rango de Ley, que lo hagan obligatorio e inexcusable para una mejor protección de los intereses generales, que vienen constitucionalmente amparados en los artículos 9.2 y 105 de la Constitución, 3.5 y 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 24.1.c) de la Ley 50/1997, del Gobierno, así como en el artículo 33 de la Ley autonómica de Aragón 1/1995, de 16 de febrero, del Presidente y del Gobierno de Aragón, pues, aunque el Plan Rector de Uso y Gestión del Paisaje protegido no tenga el carácter de reglamento ejecutivo en desarrollo de una Ley, tiene la naturaleza de reglamento y, como tal, su elaboración ha de quedar sujeta a los trámites exigibles en el ejercicio de la potestad reglamentaria, y de aquí que el artículo 19.5 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, promulgado por Ley 41/1997, de 5 de noviembre, es decir cuatro meses antes de la aprobación del Decreto autonómico impugnado, dispusiera que «en los procedimientos de elaboración de los Planes Rectores de Uso y Gestión de los Parques Nacionales será preceptivo un periodo de información pública y el informe del Patronato a que hace referencia el artículo 23 bis», mientras que el artículo 6 de la misma Ley establece que el procedimiento de elaboración de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales incluirá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados».

En consecuencia, los PRUG no son reglamentos ejecutivos de las leyes, pero sí reglamentos y, como tales, sujetos al correspondiente procedimiento administrativo especial¹⁷. El Derecho ambiental no es un ordenamiento aislado, sino que tiene que ser completado con las previsiones del Derecho administrativo general.

4. GARANTÍAS PROCEDIMENTALES Y JUDICIALES RESPECTO A LAS DECLARACIONES DE LIC Y ZEPA: ¿UN RÉGIMEN EXCEPCIONAL?

Como es sabido, los Lugares de Importancia Comunitaria o LIC tienen su origen en la Directiva 92/43/CE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestre¹⁸, conocida como Directiva Hábitats, cuyo objeto es contribuir a la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres (art. 2.1), para lo que se articulan medidas con la finalidad de lograr el mantenimiento de un estado de conservación favorable, de los hábitats naturales y de las especies silvestres de la flora y de la fauna de interés comunitario (art. 2.2). Con este fin, por medio de la Directiva se crea una Red Ecológica Europea o «Red Natura 2000» en la que se incluirán dos tipos espacios (art. 3.1):

Primero, los lugares que cuenten con los hábitats naturales y hábitats de especies definidos en los anexos I y II de la Directiva o ámbitos LIC, que han de referirse a las diferentes regiones biogeográficas, y

Segundo, las zonas de protección designadas por los Estados en aplicación de una norma anterior, la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979, del Consejo, relativa a la conservación de las aves silvestres o Directiva Aves.

En cuanto a la normativa nacional, la transposición inicial se hizo por medio del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, modificado por el Real Decreto 1193/1998, de 12 de junio¹⁹. Posteriormente, ese procedimiento se ha incorporado a los arts. 41 a 48 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. De esta última norma puede destacarse que en su art. 42 se contempla como preceptivo un trámite de información pública tras la formación inicial de la lista por las comunidades autónomas, trámite que no estaba previsto en el Real Decreto inicial. También se prevé la publicación de la lista definitiva elaborada por la Comunidad Autónoma y un nuevo trámite de información pública posterior a la aprobación

17 Sobre los problemas derivados de la falta de una regulación básica de estos procedimientos, vid. BERMEJO LATRE, José Luis: «Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas», en *REDA*, núm. 124, 2004, pgs. 611-632.

18 El contenido de los Anexos I y II de la Directiva Hábitats fue modificado por la Directiva 97/62/CE

19 La transposición inicial de la Directiva Hábitats no se hizo sin algún tropiezo: por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999, recurso contencioso-administrativo núm. 163/1996 (RJ 1999, 2141), ponente Rafael Fernández Montalvo, se anuló un artículo del texto reglamentario por no incorporar las garantías establecidas en la Directiva, estimando así el recurso interpuesto por la Coordinadora de Organizaciones de Defensa Medioambiental.

de la lista por la Comisión pero previo a la declaración de las ZEC, con el consiguiente régimen de protección (art. 44)²⁰.

En este marco se producen varios pronunciamientos judiciales que pueden ser relevantes. Por un lado, la Sentencia de 26 de febrero de 2010, que tiene su origen en la impugnación por varios particulares de la propuesta por la Región de Murcia de los espacios a clasificar como ZEPA²¹, recurso que fue desestimado en primera instancia²², pronunciamiento refrendado por el Tribunal Supremo. No obstante, no es una sentencia aislada: su antecedente directo está en la Sentencia de 20 de mayo de 2008²³, que se invoca como precedente y se cita extensamente.

Al margen del binomio formado por las sentencias de 20 de mayo de 2008 y 26 de febrero de 2010, tiene una gran importancia la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009, sobre la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo contra las propuestas de Lugar de Importancia Comunitaria²⁴. Completaría el panorama por el momento, aunque se trate de un pronunciamiento susceptible de recurso de casación, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre de 2010²⁵, que resuelve el recurso contra la resolución del Ministerio de Medio Ambiente por la que se aprueba la «Lista nacional de Interés Comunitario» del territorio español.

A) ¿Es recurrible la selección y propuesta de espacios naturales para su clasificación como LIC?

La sentencia de 11 de mayo de 2009 tiene por objeto el recurso de casación contra la inadmisión mediante auto del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Junta de Andalucía que contenía la Propuesta de Lugares de Importancia Comunitaria, propuesta elaborada en cumplimiento de la Directiva 92/443/CE y del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres. Resulta curioso que a la argumentación de la sentencia se incorpora un detallado esquema de los procedimientos, administrativos y comunitarios, en los que se estructura la formación de la Red Natura 2000

20 Sobre las expectativas generadas por la Red Natura 2000 y su problemática jurídica, vid. F. LÓPEZ RAMÓN, *Política ecológica y pluralismo territorial*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pgs. 218-229.

21 Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia, de 30 de marzo de 2001, de propuesta de lugares para su clasificación como zonas de Especial Protección para las Aves en cumplimiento de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 79/409 CEE, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.

22 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia núm. 389/2005, de 27 de mayo, recurso contencioso-administrativo núm. 1756/2001 (RJCA 2007, 112), ponente Luis Federico Alcázar Vieyra de Abreu.

23 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2008, recurso de casación núm. 2719/2004, (RJ 2008, 2768), ponente Rafael Fernández Valverde.

24 Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5, de 11 de mayo de 2009, recurso de casación núm. 2965/2007 (RJ 2009, 3317), ponente Pedro José Yagüe Gil.

25 Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1, de la Audiencia Nacional, de 23 de septiembre de 2010, recurso contencioso-administrativo núm. 111/2006, ponente Diego Córdoba Castroverde.

(F. octavo y noveno), lo que da idea de su gran complejidad. Puede ser interesante recordar sintéticamente sus diversas fases:

Etapa 1, en la que sólo intervienen las instancias nacionales y cuyo objeto es la *delimitación espacial de los lugares que cuenten con hábitats naturales de interés comunitario* de los enumerados en el anexo I y hábitats de especies animales y vegetales de interés comunitarios de las enumeradas en el anexo II de la Directiva Hábitats, facilitando a la Comisión información sobre aquellos lugares en que concurren las requisitos para su declaración como de importancia comunitaria (Directiva Hábitats art. 4.1). La lista de lugares irá acompañada de información sobre cada lugar (mapa del mismo, denominación, ubicación, extensión y demás datos que resulten del anexo III de la Directiva. El plazo para esta fase era de tres años.

En España, esta delimitación especial *la realizan las Comunidades Autónomas, que trasladan su lista al Ministerio de Medio Ambiente para su proposición a la Comunidad* (artículos 4.1 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, y 42.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre). A partir de la Ley 42/2007, deberá realizarse un trámite de información pública por las comunidades autónomas antes de la aprobación de la lista, como ya se ha señalado.

Etapa 2. La Comisión, con la colaboración del Centro Temático de la Naturaleza, de la Agencia Europea del Medio Ambiente y mediante seminarios biogeográficos y reuniones bilaterales, comprueba las listas de LIC remitidas por los Estados, de lo que puede resultar la insuficiencia o suficiencia de los seleccionados por cada Estado, debiendo completarse en el primer caso. En la Directiva Hábitats se prevé un procedimiento específico de concertación para modificar la lista en caso de discrepancia entre el Estado miembro y la Comisión; de persistir la discrepancia después de seis meses, la Comisión elevará una propuesta al Consejo, que decidirá. Finalmente, la Comisión aprueba la lista definitiva (Directiva Hábitats art. 4.2).

Etapa 3. La aprobación de la lista de LIC comporta el deber de los Estados de declarar estos ámbitos como Zonas Especiales de Conservación en el plazo máximo de 6 años (Directiva Hábitats art. 4.4). Los Estados establecerán las medidas de conservación necesarias, estableciendo los usos y actividades permitidas y prohibidas, delimitando con ello el régimen jurídico de cada uno de ellos, lo que sí tiene trascendencia de cara a la propiedad, mediante planes específicos o generales. Como ya se ha señalado, a partir de la entrada en vigor de la Ley 42/2007 es exigible un periodo de información pública antes de esta declaración.

Un aspecto relevante para la consideración del caso examinado es que la parte recurrente ya intentó el ejercicio de acciones judiciales ante las instancias comunitarias. La aprobación de la lista *inicial de LIC de la región biogeográfica mediterránea se hizo por Decisión 2006/613/CE, de la Comisión Europea, de 19 de julio de 2006*. Fue impugnada ante el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea esa Decisión 2006/613/CE de la Comisión, y por Auto de 14 de julio de 2008 (asunto T-366/06) se declaró la inadmisión del recurso. La motivación fue considerar que la sociedad recurrente carecía de

interés directo en la anulación. Aunque esta resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, éste, en sentencia de 23 de septiembre de 2009, desestimó el recurso.

Previamente se había interpuesto el recurso contencioso-administrativo contra el acto de trámite cualificado que supuso la aprobación de la lista inicial de LIC por la Junta de Andalucía.

El Tribunal Supremo se muestra disconforme con la minimización del papel de la Comisión hecho por la parte recurrente en su argumentación, pues es preciso que en la instancia comunitaria se haga un examen de conjunto de las propuestas, pues la Red Natura 2000 ha de cumplir un requisito de «coherencia» (art. 3.1 de la Directiva Hábitats). Por consiguiente, no puede considerarse que las propuestas sean vinculantes para la Comisión.

La razón por la que el Tribunal Supremo considera que no procedía la inadmisión del recurso radica en que desde el momento de la aprobación de la lista de lugares propuestos por la Comunidad Autónoma se están produciendo efectos jurídicos (fd undécimo):

«... la elaboración de las listas por las Comunidades Autónomas no es algo inocuo, algo que no produzca efectos jurídicos y materiales; no es una mera propuesta neutra, sino un acto administrativo que habilita y obliga a la propia Comunidad Autónoma a adoptar "medidas de protección adecuadas" para los lugares incluidos; se trata de un acto que, siendo una propuesta, pone una condición necesaria y suficiente para crear en la Comunidad Autónoma la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas, las cuales pueden quizá afectar a ciertos contenidos del derecho de los propietarios de los terrenos incluidos, razón por la cual la elaboración de las listas puede ser impugnada por los interesados al tener un contenido que excede de la pura ordenación o impulso del procedimiento».

Actualmente, en el artículo 42.2 de la Ley 42/2007 se prevé que desde el momento en que se envía al Ministerio de Medio Ambiente la lista de los espacios propuestos estos pasarán a tener un régimen de protección preventiva. Pero ese efecto se derivaría de la propia Directiva Hábitats y, en este sentido, el Tribunal Supremo cita extensamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005 (asunto C-C 117/2003), Sociedad Italiana Dragaggi y otros. En consecuencia, aunque no sea un acto definitivo, la producción inmediata de efectos jurídicos es lo que obliga a entender admisible el recurso contencioso-administrativo.

Por el contrario, de acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre de 2010, que sin embargo cita extensamente la sentencia anteriormente reseñada del Tribunal Supremo, la resolución del Ministerio de Medio Ambiente por la que se aprueba la «Lista nacional de Lugares de Interés Comunitario» del conjunto del territorio español y se remite a la Comisión, no sería recurrible. La razón sería la distribución constitucional de competencias en materia de medio ambiente: corresponde a las comunidades autónomas la competencia para la elaboración de las propuestas de los LIC, mientras que el Estado no ostenta competencias para la cla-

sificación de estos espacios, al menos en principio. Sí cabría que el Ministerio, en el ejercicio de su función de coordinación interterritorial pueda adoptar decisiones que incidan en las propuestas elaboradas por las distintas comunidades autónomas, pero sólo en tal caso, es decir, modifique o altere la propuesta de las Administraciones autonómicas, su intervención tendría sustantividad propia y, en ese caso, sería susceptible de ser recurrida.

B) Procedimiento previo a la propuesta de LIC

Como ya se ha señalado, las sentencias de 20 de mayo de 2008 y de 26 de febrero de 2010 pueden ser comentadas conjuntamente, pues la segunda se apoya claramente en la primera, transcribiendo la argumentación con bastante amplitud. Las similitudes no quedan ahí, pues ambas resuelven recursos de casación contra sentencias del Tribunal Superior de Murcia²⁶ y, en última instancia, contra actos de la Región de Murcia.

El caso resuelto por la sentencia de 2008 se inicia por la delimitación de una ZEPA en función de la presencia del búho real. La impugnación del acuerdo, basada en la ausencia de información pública, de audiencia de los interesados y de consulta a organismos interesados, es desestimada. La desestimación por el TSJ se basa en el principio de economía procesal. El Tribunal Supremo transcribe en estos términos la sentencia de primera instancia:

«no es procedente anular el acuerdo impugnado por ese defecto formal, pues un elemental *principio de economía procesal* impide que se anule el acto recurrido retro trayendo las actuaciones al momento en que se omitió el referido trámite, dado que, aún subsanando el defecto, es de prever lógicamente que la Administración volvería a producir el mismo acto administrativo (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1963), ya que *la decisión de fondo está suficientemente avalada por la Comisión Europea*, pues el desistimiento por parte de la Comisión Europea del recurso interpuesto ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por el incumplimiento del Reino de España "al no haber clasificado como zonas de protección para las aves en la Comunidad de Murcia, aquéllas que la evidencia científica identifica como los territorios más adecuados para la conservación de las especies protegidas" (documento número 1 de los aportados con la contestación a la demanda) está poniendo claramente de manifiesto que *la Comisión Europea considera que las delimitaciones de las ZEPA efectuadas, entre las que se hallan la que nos ocupa, responden a criterios científicamente correctos y adecuados*».

El recurso de casación se argumenta en términos predecibles: la simple identificación del área geográfica en la propuesta autonómica comienza ya a desplegar efectos jurídicos, lo que se desprende de la Directiva Aves y la Directiva Hábitats, que parten

²⁶ En el primer caso, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia núm. 363/2003, de 23 de octubre, recurso contencioso-administrativo núm. 1246/2001 (JUR 2003, 276893), ponente Luis Federico Alcázar Vieyra de Abreu. En el segundo caso, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia núm. 389/2005, de 27 de mayo, recurso contencioso-administrativo núm. 1756/2001 (RJCA 2007, 112), del mismo ponente.

de la adopción de medidas protectoras desde el mismo momento de la delimitación de las áreas de protección, tal como ha reconocido la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE de 18 de marzo de 1999 y 7 de diciembre de 2000). Además, la ejecución de una Directiva comunitaria no eximen del cumplimiento de las normas internas de procedimiento, puesto que éstas únicamente imponen un determinado resultado. En consecuencia, serían aplicables las garantías establecidas por el ordenamiento nacional, en especial el trámite de audiencia.

El Tribunal Supremo parte de que la estimación o rechazo del recurso de casación depende en gran medida de la respuesta que se dé a la cuestión de la naturaleza jurídica del Acuerdo impugnado. Al respecto, el Tribunal Supremo llega a una conclusión un tanto sorprendente (F. cuarto, 6°):

«dado el contenido del Acuerdo impugnado –limitado a la delimitación de las ZEPAs conforme a la Directiva 1979/409 y que no implica la creación de Área de Protección de la Fauna Silvestre alguna conforme a la Ley de Murcia 7/1995–, es evidente que al mismo –como sí ocurriría con el Decreto de creación de las citadas Áreas– *no puede concedérsele el rango reglamentario pretendido por los recurrentes por cuanto su objetivo, como hemos reiterado, se limitaba a la ejecución de la decisión comunitaria ya conocida en relación con las ZEPAs, sin proceder a integración alguna del Ordenamiento jurídico*, ya que ello ocurriría cuando, mediante Decreto y con arreglo al artículo 22 de la Ley 7/1995, las mismas pasaran a integrarse y transformarse en las murcianas Áreas de Protección de la Fauna Silvestre. En síntesis, pues, se trata el Acuerdo impugnado, de un *acto de aplicación de la norma comunitaria, que no innova el Ordenamiento jurídico, y que no otorga nuevos derechos ni establece nuevas limitaciones –en este caso– para los recurrentes*».

La falta de efectos jurídicos del acuerdo de delimitación de una ZEPA se remacha más adelante (F. quinto, 2°):

«... la citada *norma comunitaria no impone –de forma simultánea– la delimitación de los territorios de las ZEPAs y la concreción de su correspondiente régimen de protección*; aunque ello pudiera resultar posible, la simultaneidad –de la delimitación y el establecimiento del régimen jurídico– en la que se fundamenta el motivo no se deduce de ninguna de las dos Directivas comunitarias que nos ocupan».

A esto se une que *la normativa comunitaria no establece como obligatorio el trámite de audiencia* (F. quinto, 3°):

«el examen de la propia normativa comunitaria que se cita como infringida en el motivo segundo de los esgrimidos, en relación con la forma de transposición de las Directivas comunitarias al derecho interno de los Estados miembros, pone de manifiesto *la ausencia de infracción de las mismas, para lo cual no está prevista –de forma expresa– la audiencia previa de los interesados*».

El Tribunal Supremo concluye su argumentación con un curioso razonamiento que, extrapolado, podría llevar a la conclusión de que el trámite de audiencia no será nunca necesario cuando nos encontremos ante un acto reglado en todos sus extremos (F. sexto, 2°):

«No se trata, en el supuesto delimitador de autos, de un Acuerdo, consecuencia de un procedimiento previamente seguido, *en el que la Administración actuante, tras un proceso de análisis, estudios y valoraciones de intereses más o menos contrapuestos, se decanta*

por una determinada solución que plasma en una concreta delimitación geográfica; mas al contrario, dicho Acuerdo no es –exclusivamente– sino el resultado de la aplicación de unos determinados criterios objetivos, de carácter científico, establecidos en la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, que no pueden ser alterados como consecuencia de determinadas alegaciones de interesados (otra cosa será en relación con los usos que puedan desarrollarse en el mismo, y que se concreten en el subsiguiente Plan de Gestión de la ZEPA o del Área de Protección en la que la misma se convierta, o de la clasificación de los terrenos en el Plan General de Ordenación Urbana de Murcia, en el que, por cierto, cuentan con la de Suelo No Urbanizable de Protección Específica)».

El Tribunal Supremo cita en apoyo de esta conclusión la conformidad de la Comisión con la propuesta hecha por Murcia –y el consiguiente desistimiento del procedimiento de infracción contra España– y el grado de vinculación impuesto por la Directiva Aves, de acuerdo con la STJUE de 19 de mayo de 1998 (Asunto 3/1996, Comisión contra Reino de los Países Bajos), que cita en extenso, y de acuerdo con la cual (60), «*si bien es verdad que los Estados miembros gozan de cierto margen de apreciación en cuanto a la elección de ZPE, sin embargo, la clasificación de dichas zonas obedece a criterios ornitológicos determinados por la Directiva*», rechazando expresamente las razones económicas²⁷.

El caso resuelto por la Sentencia de 26 de febrero de 2010 guarda grandes similitudes, puesto que en primera instancia se había rechazado que el acuerdo del Ejecutivo murciano estuviese insuficientemente motivado, además de afirmar que «en fases iniciales de la Red Natura 2000 en las que se trata de recoger información previa con base a criterios científicos y técnicos, en las que no hay afección alguna de derechos, intereses o tan siquiera meras expectativas, no cabe un trámite específico de información pública, de audiencia a los interesados o de consultas a organismos interesados» y, por supuesto, el principio de economía procesal. Por lo demás, el Tribunal Supremo declara su intención de atenerse a su sentencia anteriormente citada (F. cuarto), «en aplicación de cuánto hemos declarado recientemente en sentencia de 20 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 2719/2004). Razones derivadas de la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), de la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 de la CE) y, en fin, de coherencia y unidad de nuestra doctrina jurisprudencial ...» obligarían a ello. Lo que ocurre es que ignora completamente las discrepancias que existen entre la sentencia de 20 de mayo de 2008 y la sentencia de 11 de mayo de 2009, de la misma Sala y sección, en la que se entendía que no podía inadmitirse el recurso contencioso-administrativo sin pronunciamiento sobre el fondo dado que el mero acto de propuesta de una lista de LIC comporta un efecto jurídico, algo que la sentencia de 2008 negaba como uno de los elementos centrales de su argumentación de que el trámite de audiencia no era exigible. Ciertamente es, sin embargo, que en su amplia transcripción que de la sentencia de 2008 se hace en la de 26 de febrero de 2010, el Tribunal Supremo

²⁷ En el mismo sentido se citan las SSTJUE de 7 de diciembre de 2000 (Asunto C-374/1998), Comisión contra Francia, 13 de junio 2002 (Asunto C-117/2000, Comisión contra Irlanda), 20 de marzo de 2003 (Asunto C-378/2001, Comisión contra Italia) y 18 de diciembre de 2007 (Asunto C-186/2006, Comisión contra el Reino de España).

omite cuidadosamente cualquier referencia a la falta de efecto jurídico ninguno que, de acuerdo con la primera, sería una característica de actos como el recurrido.

Como ya se ha señalado, tras la entrada en vigor de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en la que se regula el procedimiento de propuesta de LIC en los arts. 41 a 48, el régimen aplicable ha cambiado: en el art. 42 se establece un trámite preceptivo de información pública tras una formación inicial de la lista por las comunidades autónomas y previo a la formulación de la propuesta, trámite que no estaba previsto en el Real Decreto 1977/1995 y que supone una mejora de la garantía jurídica. Pero el Tribunal Supremo ha perdido una magnífica ocasión para establecer que el régimen de garantías en el procedimiento que no debe quedar al albur de la inspiración de legislador sectorial, legal o reglamentario, como era el caso. Por lo demás, el argumento del carácter científico de los criterios a aplicar –lo que parece comportar que su aplicación nunca generará ningún tipo de dudas o incertidumbres– es bastante impresentable.

III. PLANES DE RESTAURACIÓN MINEROS Y EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

El régimen de los planes de restauración del ambiente afectado por explotaciones mineras tiene una base legal, pero deriva fundamentalmente de normas reglamentarias, una y otras anteriores a la introducción de la evaluación de impacto ambiental en el Derecho español. En la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, art. 5.3 se prevé lo siguiente:

«El Ministerio de Industria realizará los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del ambiente, que serán imperativas en el aprovechamiento de los recursos objeto de esta Ley y se establecerán por Decreto, a propuesta del Ministerio de Industria, previo informe de la Comisión Interministerial del Medio Ambiente».

Como materialización de esta habilitación legal, los planes de restauración mineros fueron introducidos por el Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración de espacio natural afectado por actividades mineras, complementado poco después por el Real Decreto 1116/1984, de 9 de mayo, sobre restauración del espacio natural afectado por las explotaciones de carbón a cielo abierto y el aprovechamiento racional de estos recursos energéticos, normas reglamentarias que han estado vigentes hasta el 14 de junio de 2009, fecha de la entrada en vigor del actualmente vigente Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras.

Como es sabido, la autorización administrativa del plan de restauración tiene lugar conjuntamente con el otorgamiento del título minero –permiso de investigación, autorización o concesión de explotación–, y tiene la consideración de condición especial de cualquier de ellos (Real Decreto 975/2009, art. 5.2). Por otra parte, la autorización del plan de restauración incluye necesariamente la autorización del plan de gestión de

residuos necesario para cumplir las previsiones de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos. Del mismo modo, en la normativa minera, especialmente en los art. 37 a 40 del Real Decreto 975/2009, se establecen los criterios específicos para cumplir con la normativa de prevención de «accidentes mayores» o «accidentes graves», especialmente el Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

Lo que ha suscitado una cierta controversia es la compatibilidad entre la autorización del plan de restauración minero y la evaluación de impacto ambiental, en la medida en que ambos trámites pudieran resultar redundantes.

1. PLAN DE RESTAURACIÓN Y DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL BAJO LOS REALES DECRETOS 2994/1982 Y 1116/1984

Es conocido que la evaluación de impacto ambiental se introdujo en el Derecho español mediante el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, que supuso la incorporación a nuestro ordenamiento de los contenidos de la Directiva 85/337, de 27 de junio. El desarrollo reglamentario se aprobó por medio del Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que sería tempranamente reformado por medio del Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre.

Si bien en un primer momento sólo se sometían a evaluación ambiental las «extracciones a cielo abierto de hulla, lignito u otros minerales» (punto 12 del anexo del Real Decreto Legislativo 1302/1986), posteriormente esas previsiones se ampliarían considerablemente por medio del Anexo I de Real Decreto-ley 9/2000, de 6 octubre. En este sentido, no todas las explotaciones a cielo abierto quedarían sujetas a evaluación de impacto, sino sólo cuando se diese alguna de las circunstancias previstas normativamente, bien es cierto que de forma muy amplia²⁸. No obstante, también se sujetaban a

28 Efectivamente, es difícil imaginar una explotación de una mínima importancia en la que no se dé alguna de las siguientes circunstancias: «1ª Explotaciones en las que la superficie de terreno afectado supere las 25 hectáreas. 2ª Explotaciones que tengan un movimiento total de tierras superior a 200.000 metros cúbicos/año. 3ª Explotaciones que se realicen por debajo del nivel freático, tomando como nivel de referencia el más elevado entre las oscilaciones anuales, o que puedan suponer una disminución de la recarga de acuíferos superficiales o profundos. 4ª Explotaciones de depósitos ligados a la dinámica actual fluvial, fluvio-glacial, litoral o eólica. Aquellos otros depósitos y turberas, que por su contenido en flora fósil puedan tener interés científico para la reconstrucción palinológica y paleoclimática. Explotación de depósitos marinos. 5ª Explotaciones visibles desde autopistas, autovías, carreteras nacionales y comarcales o núcleos urbanos superiores a 1.000 habitantes o situadas a distancias inferiores a 2 kilómetros de tales núcleos. 6ª Explotaciones situadas en espacios naturales protegidos o en un área que pueda visualizarse desde cualquiera de sus límites establecidos o que supongan un menoscabo a sus valores naturales. 7ª Explotaciones de sustancias que puedan sufrir alteraciones por oxidación, hidratación, etc., y que induzcan, en límites superiores a los incluidos en las legislaciones vigentes, a acidez, toxicidad u otros parámetros en concentraciones tales que supongan riesgo para la salud humana o el medio ambiente, como las menas con sulfuros, explotaciones de combustibles sólidos, explotaciones que requieran tratamiento por lixiviación *in situ* y minerales radiactivos. 8ª Explotaciones que se hallen ubicadas en terreno de dominio público hidráulico, o en la zona de policía de un cauce, y además la superficie sea mayor de 5 hectáreas. 9ª Extracciones que, aun no cumpliendo ninguna de las condiciones

evaluación las inicialmente exentas minas subterráneas, incluidas «todas las instalaciones y estructuras necesarias para el tratamiento del mineral, acopios temporales o residuales de estériles de mina o del aprovechamiento mineralúrgico (escombreras, presas y balsas de agua o de estériles, plantas de machaqueo o mineralúrgicas, etc.)», aunque sólo en determinadas circunstancias²⁹, además de los «dragados» para la extracción de minerales, cuando se realicen en zonas húmedas protegidas o cuando el volumen de lodos extraídos fuese mayor de 100.000 metros cúbicos, los «dragados marinos» para la obtención de arena, cuando el volumen a extraer sea superior a 3.000.000 de metros cúbicos por año o, finalmente, la «extracción de petróleo y gas natural con fines comerciales», cuando la cantidad extraída superase determinados volúmenes³⁰.

La doctrina acuñó la expresión «declaraciones de impacto impropias» para referirse a una serie de regulaciones especiales, anteriores a la incorporación de la evaluación de impacto ambiental al Derecho español y al menos formalmente subsistentes, entre las que cabría destacar la evaluación ambiental prevista en el art. 90 de la Ley de Aguas y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, arts. 236, 238 o 279³¹. A la inversa, también cabría entender que las evaluaciones ambientales previstas en normas anteriores a la introducción de la Evaluación de Impacto Ambiental habría quedado derogadas implícitamente. O finalmente, para casos como los planes de restauración mineros y la evaluación de impacto ambiental, sostener su compatibilidad y la necesidad de una aplicación conjunta³².

2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Precisamente, la cuestión resuelta por la Sentencia de 27 de enero de 2010³³ es la exigibilidad sucesiva de la presentación de un plan de restauración minera y, una vez aprobado éste, de una evaluación de impacto ambiental. Lo recurrido y anulado en primera instancia era una resolución de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional de la Comunidad de Madrid por la que se otorgaba a una empresa minera (SEPIOL, SA), «calificación urbanística»³⁴ para la explotación a cielo abierto de «sepiolita-

anteriores, se sitúen a menos de 5 kilómetros de los límites del área que se prevea afectar por el laboreo y las instalaciones anexas de cualquier explotación o concesión minera a cielo abierto existente».

29 «1ª Que su paragénesis pueda, por oxidación hidratación o disolución, producir aguas ácidas o alcalinas que den lugar a cambios en el pH o liberen iones metálicos o no metálicos que supongan una alteración del medio natural. 2ª Que exploten minerales radiactivos. 3ª Aquellas cuyos minados se encuentren a menos de 1 kilómetro (medido en plano) de distancia de núcleos urbanos, que puedan inducir riesgos por subsidencia».

30 Por concesión, 500 toneladas por día, en el caso del petróleo, y 500.000 metros cúbicos por día, en el caso del gas.

31 En este sentido, ROSA, 1993, 204-207.

32 JUNCEDA, 2001, 166.

33 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2010, Recurso de Casación núm. 5992/2005 (RJ 2010, 1359), ponente Rafael Fernández Valverde.

34 Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid art. 63.1.a): «la extracción o explotación de recursos minerales y establecimientos de beneficios reguladas en la legislación minera estarán sujetas al procedimiento regulado en dicha legislación y en la legislación medioambiental, con las siguientes particularidades: a) La obtención previa de *calificación*

bentonita», un recurso de la Sección C de la Ley de Minas, en el término municipal de Paracuellos del Jarama, «*sin perjuicio de lo que determine el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental*, al que deberá someterse la actuación previamente a la concesión de la licencia municipal, en virtud del Epígrafe 11 del Anexo II de la Ley 10/1991 de 4 de abril, para la Protección del Medio Ambiente, *no pudiendo comenzar la explotación en tanto no sea formulada la oportuna Declaración de Impacto Ambiental favorable*».

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid recordaba que la solicitud era de 1987 y que «en el momento anterior a la concesión administrativa, la propia Administración hoy demandada, a través de la Consejería competente en materia de minas, optó por exigir, como medio de rehabilitación de la naturaleza afectada, un Plan de Restauración del Espacio Natural en vez de la Declaración de Impacto Ambiental, ya prevista en el artículo 4 del RDLeg. Por eso, ahora, no puede realizar tal exigencia, máxime cuando se apoya en una normativa no vigente en el momento en que se otorgó la concesión» (citado en el fundamento de Derecho quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo). Por el contrario, el fallo del Tribunal Supremo se va a basar en una doctrina contraria a la anterior respecto a la aprobación del plan de restauración minero y la declaración de impacto ambiental: «ambas resultan plenamente compatibles y responden a una finalidad diferente» (fd quinto) o «no existe incompatibilidad alguna entre el Plan de Restauración y la Evaluación de Impacto Ambiental, pues son técnicas de control o instituciones diferentes» (fd sexto).

La compatibilidad entre plan de restauración minero y declaración de impacto ambiental es objeto de una minuciosa argumentación en la sentencia comentada.

En cuanto al órgano competente para su aprobación, la del plan de restauración corresponde al órgano competente en materia de minería, coincidente con el órgano que otorga la concesión minera, por lo que la aprobación del plan se hace conjuntamente con el otorgamiento de la concesión y tendrá la consideración de condición especial de ese título. En cambio, en la declaración de impacto ambiental existe una diferencia entre el órgano que tramita el proyecto y el órgano ambiental, estando prevista normativamente la forma de resolver una eventual discrepancia. También son diferentes los órganos que habrán de informar en uno y otro procedimiento.

En la evaluación de impacto ambiental se contempla la posibilidad de aprobar un proyecto, previniendo efectos perjudiciales y valorando alternativas, mientras que con el plan de restauración se trata de minimizar los efectos de su ejecución, por lo que el primer procedimiento culmina en una declaración de impacto ambiental, mientras que con el segundo se obliga a realizar un conjunto de actuaciones materiales conforme a un calendario previamente establecido, para restaurar la realidad alterada. En este sentido, el Tribunal Supremo resalta como especialmente significativo que entre las actividades previstas para la restauración del espacio natural afectado por la explotación se exija un estudio del impacto ambiental de la explotación sobre los recursos naturales de la zona y de las medidas previstas para su protección.

urbanística, que deberá solicitarse a la Consejería competente en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo y que *versará sobre la compatibilidad con la planificación territorial regional*».

A lo anterior se añadiría el dato normativo de que en la Disposición Adicional, apartado b) del Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, se contemple de forma expresa la coexistencia de ambas instituciones, estableciendo que la evaluación de impacto ambiental se someterá a la normativa ambiental «y en lo que no se oponga a estas normas se aplicarán los Reales Decretos de 15 de octubre de 1982 (...) y demás normas complementarias en lo que hace referencia a los planes de restauración del espacio natural afectado».

Además de que, se señala, el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental establecía la exigencia de declaración de impacto ambiental para «las obras, instalaciones o actividades sometidas al mismo que se inicien a partir de los dos años de su entrada en vigor», habiendo sido publicado en el BOE de 30 de junio de 1986, por lo que no sería aplicable en principio a la explotación minera controvertida, puesto que la solicitud de la concesión se planteó en 1987. Sin embargo, señala el Tribunal Supremo que el procedimiento en el sería exigible la evaluación no es el de otorgamiento de la concesión minera, sino en el procedimiento municipal para el otorgamiento de la licencia de actividad, procedimiento en el que primero se exige para la emisión de la calificación urbanística por la Comunidad Autónoma con efectos suspensivos, y luego tiene lugar la resolución municipal. No obstante, la Dirección General de Urbanismo no es el órgano competente para exigir la declaración de impacto ambiental, por lo que el Tribunal Supremo considera que su advertencia no puede ser considerada sino como un recordatorio dirigido al órgano competente para otorgar la licencia de actividad, es decir, el Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama.

3. LA CUESTIÓN EN LA NORMATIVA VIGENTE

El punto de arranque de la normativa en vigor está en la Directiva 2006/21/CE del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE, una norma comunitaria fuertemente influida por varios accidentes con graves consecuencias ecológicas, entre los que destaca el ocurrido en Aznalcóllar, con consecuencias sobre el Parque de Doñana³⁵. La transposición de la Directiva al Derecho español se hizo por medio del ya citado Real Decreto 975/2009, con la que se pretendió «unificar y mejorar» las normas contenidas en el Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración del espacio natural afectado por actividades mineras, su desarrollo mediante Orden Ministerial de 20 de noviembre de 1984, las del Real Decreto 1116/1984, de 9 de mayo, sobre restauración del espacio natural afectado por las explotaciones de carbón a cielo abierto y el aprovechamiento racional de estos recursos energéticos, de la Orden del Ministerio de Industria y Energía, de 13 de junio de 1984, y de la Orden de 26 de abril de 2000 por la que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria

35 Sobre los contenidos y significado de la Directiva, aunque estudiada en fase de proyecto, MOREU, 2004, 57-61.

08.02.01 del capítulo XII de Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera «Depósitos de lodos en procesos de tratamiento de industrias extractivas», aunque de esta última se conservaron en algunos puntos el mayor grado de restricción previsto en la misma, como se destaca en el preámbulo del Real Decreto.

En la normativa minera actual no se entra en la necesidad de evaluación de impacto ambiental, pero sí se prevé su exigibilidad. Es decir, en el Real Decreto 975/2009 se contempla la compatibilidad y coordinación del plan de restauración y la evaluación de impacto ambiental en varios preceptos, dejando pocas dudas sobre la compatibilidad y exigencia conjunta de ambos requisitos.

En este sentido, la solicitud de autorización del plan de restauración deberá ir acompañada de la justificación documental del cumplimiento del trámite de evaluación de impacto ambiental del proyecto de explotación, cuando éste se exigible (RD 975/2009 art. 4.3.e).

Además, evaluación de impacto ambiental y proyecto de investigación o de aprovechamiento de los recursos minerales se someterán conjuntamente a información pública. No obstante, si para la autorización de un proyecto de investigación o de aprovechamiento de recursos geológico-mineros no fuese preceptiva la evaluación de impacto ambiental, se deberá someter a información pública el plan de gestión de residuos y el documento sobre la política de prevención de accidentes graves (RD 975/2009 art. 6).

Cuando sea exigible la evaluación de impacto ambiental, se prevé la posibilidad de no presentar determinada documentación sino una única vez, para evitar redundancias (RD 975/2009 art. 12.2).

Finalmente, entre los contenidos propios del plan de restauración figura «las medidas preventivas que se deban tomar a fin de minimizar el impacto medioambiental durante la explotación u operación, cierre y clausura y mantenimiento y control posterior de las instalaciones de residuos» (art. 18.1.d).

IV. ¿ES POSIBLE INSTALAR UN VERTEDERO EN UN PARQUE NATURAL? RESTAURACIÓN MINERA Y ESPACIOS NATURALES

La respuesta desde un punto de vista jurídico es sí. Al menos, esa es la respuesta que dio el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de noviembre de 2009³⁶. No obstante, hay una serie de condicionantes.

Lo recurrido en primera instancia fue la modificación de las Normas Urbanísticas del Plan Especial de Ordenación y Protección del Medio Natural del Parque de Collserola, en los términos municipales de Sant Cugat del Vallés y el Papiol, cuya aprobación definitiva correspondió al consejero autonómico competente, y que permitía con determinados condicionantes utilizar residuos, inertes en gran proporción, y en todo

³⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 19 de noviembre de 2009, recurso de casación núm. 4586/2005 (RJ 2010, 1801), ponente Rafael Fernández Valverde.

caso estabilizados mediante un tratamiento previo, para el rellenado de una antigua cantera situada en un espacio natural, la zona forestal del Parque de Collserola³⁷. El recurso presentado por el Ayuntamiento de El Papiol fue estimado y la resolución declarada nula³⁸. El razonamiento principal de la sentencia de instancia sería que con tal modificación se estaba convirtiendo la antigua cantera en un vertedero de residuos sólidos urbanos lo que hubiese precisado de su consideración como sistema general y su calificación como tal en el planeamiento general, concretamente en el Plan General Metropolitano.

El recurso de casación se basó en síntesis en que con la modificación de las normas recurridas no se pretendía autorizar la instalación de un vertedero sino únicamente la ampliación de las posibilidades de restauración de la cantera, considerando que lo aplicable era la normativa minera, no la urbanística. Este razonamiento es aceptado por el Tribunal Supremo (fd quinto):

«... lo que el precepto permitía antes de su reforma, en su párrafo segundo, era "el uso de residuos inertes para rellenar las áreas perjudicadas por las actividades extractivas, con la finalidad de restituir una topografía adecuada", y lo que la Modificación viene a permitir es que dicha operación de relleno, *de conformidad con el Plan de Restauración autorizado por la misma Administración autonómica*, se lleve a cabo –además de con residuos inertes– con residuos "estabilizados por medio de tratamiento previo que garantice una proporción de biodegradables inferior al 15 por ciento".

Tal modificación –o ampliación de residuos a depositar en la cantera que se restaura– no puede considerarse, como decíamos, con entidad para transformar la consideración jurídica de la misma como un vertedero, calificación que, en todo caso, habría de corresponder a la Administración sectorial competente en materia de residuos (...)

La exigencia, ahora, de que la aportación de los nuevos materiales de relleno se lleve a cabo con estricta observación de las previsiones del Decreto 1/1999, de 7 de enero, sobre cobertura y sellado de estos establecimiento, solo puede ser entendido como una garantía complementaria –antes inexistente– de protección del Parque pero que no transforma, ni física, ni jurídicamente la restauración de una cantera –sometida a una específica legislación sectorial minera– en un vertedero municipal».

37 El precepto controvertido, de acuerdo con la transcripción hecha en la sentencia del Tribunal Supremo, era el siguiente: «Artículo 39. Resto de instalaciones técnicas.

Por lo que respecta al resto de las instalaciones técnicas, incluidas las de gestión de residuos, el Plan no admite la posibilidad de su establecimiento en el ámbito forestal.

Tan solo se admitirá el uso de residuos inertes para rellenar las áreas perjudicadas por las actividades extractivas, con la finalidad de restituir una topografía adecuada, si se efectúa simultáneamente la restauración vegetal prevista en la legislación vigente según criterios paisajísticos.

No obstante ello, en la restauración del área extractiva de la cantera Berta, el relleno se podrá efectuar con materiales inertes o bien estabilizados por medio de tratamiento previo que garantice una proporción de biodegradables inferior al 15 por ciento, con estricta observación de las previsiones del Decreto 1/1999, de 7 de enero, sobre cobertura y sellado de estos establecimientos, y con la adecuada restauración vegetal».

Este último párrafo fue el añadido en la modificación recurrida.

38 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 437/2005, de 26 mayo, recurso contencioso-administrativo núm. 482/2001 (JUR 2007, 225714), ponente José Juanola Soler.

V. CAZA: EL CIERRE JUDICIAL DE LA POLÉMICA DE LA «CONTRAPASA»

La «contrapasa» es una modalidad de caza de la paloma torcaz bastante popular hasta hace unos años en el País Vasco y Navarra. Tenía lugar en los primeros días de la primavera, cuando la paloma torcaz vuelve de los lugares de invernada, en el sur de la Península Ibérica, hacia sus lugares de cría en el norte de Europa. Tras diversas vicisitudes, Vizcaya era el último lugar donde se practicaba, fundamentalmente en la franja costera entre Bakio y Ondarroa, donde quedan aún cientos de puestos de meca-notubo ya sin uso. En defensa de esta modalidad de caza se argumentaba el hecho de que la paloma torcaz no es una especie en regresión, sino todo lo contrario, el escaso número de animales abatidos (entre ochocientos y dos mil en las últimas temporadas) y su carácter tradicional y popular³⁹. En todo caso debe puntualizarse que no se ha cuestionado en ningún momento la caza de la paloma torcaz durante el periodo ordinario de veda, lo que incluye el momento de la «pasa», la emigración de las palomas torcaces hacia el sur para invernarse.

La cuestión es que esta modalidad tradicional de caza, la «contrapasa», entra en colisión con la normativa europea, en concreto, con la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979, como finalmente ha establecido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de febrero de 2010⁴⁰, confirmando en casación el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por el que se anuló la Orden de la Diputación Foral de Vizcaya recurrida por una asociación ecologista⁴¹. El recurso de casación no fue interpuesto por la Diputación Foral, que se aquietó a la sentencia, sino por siete asociaciones de cazadores, las de Bermeo, Mundaka, Ispaster, Mendexa, Mungía, Bakio y Lekeitio.

La Directiva 79/409/CEE fue una de las primeras normas ambientales de la Comunidad, incluso anterior al reconocimiento expreso de competencias en medio ambiente, que tendría lugar con el Acta Única Europea de 1986. El fundamento fue, lógicamente, el carácter migratorio de gran parte de las aves silvestres que habitan en Europa, lo que convertía su protección en un problema típicamente transfronterizo. La incorporación al Derecho español se haría por medio de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres.

La cuestión de la compatibilidad de la caza en modalidad de «contrapasa» con la normativa europea y con la legislación básica que la incorpora ha sido objeto de diver-

39 Entre los diversos foros de internet puede consultarse el artículo de Fernando J. Pérez, «La contrapasa ya es historia», publicado en la edición digital de El Correo, <http://blogs.elcorreo.com/basabide/2010/3/22/la-contrapasa-ya-es-historia>, el 22 de marzo de 2010.

40 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 24 de febrero de 2010, Recurso de Casación núm. 5911/2007 (RJ 2010, 1563), ponente Segundo Menéndez Pérez.

41 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 479/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1), de 28 de septiembre de 2007, Recurso contencioso-administrativo núm. 126/2006 (RJCA 2007, 676), ponente José Antonio González Saiz, por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Sociedad Española de Ornitología Seo/BirdLife contra la Orden Foral de 19 de diciembre de 2005, mediante la que la Diputación Foral de Vizcaya permitía para la temporada 2006 la caza en contrapasa de la paloma torcaz.

sas vicisitudes, normativas y judiciales⁴². Muy resumidamente, unos primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo de 2001 fueron contrarios a la posibilidad de autorizar la contrapasa, mientras que una posterior sentencia de 2003 introduciría dudas sobre la cuestión. Tras una sentencia comunitaria de 2005, el Tribunal Supremo ha venido a ratificar el fin de la «contrapasa».

Los dos primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la cuestión de la licitud de autorizar la caza en «contrapasa» fueron las sentencias de 5 de marzo de 2001⁴³ y 21 de mayo de 2001⁴⁴, considerando en ambos casos que las resoluciones de autorización eran contrarias a Derecho. La doctrina de ambas no sólo es idéntica, sino que en la segunda de las sentencias se contiene una cita literal y entrecomillada que abarca la práctica totalidad de la fundamentación de la primera. Por el contrario, en una sentencia posterior, de 24 de noviembre de 2003, el Tribunal Supremo cambiaría su criterio⁴⁵.

En la Sentencia de 5 de marzo de 2001, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia, pero su fallo es igualmente estimatorio del recurso contencioso-administrativo contra la orden foral permisiva de la «contrapasa». La argumentación del Alto tribunal parte de la normativa comunitaria, concretamente, el artículo 7.4 de la Directiva 79/409/CEE, de conservación de las aves silvestres, en el que se establecía el deber de que los Estados miembros velasen por que las especies a las que se aplicase la legislación de caza no fueran cazadas durante la época de anidar ni durante los periodos de reproducción y crianza. Específicamente, en el caso de especies migratorias, debía impedirse que fueran cazadas durante su período de reproducción o durante su trayecto de regreso hacia su lugar de anidamiento. Complementariamente, en el artículo 9 de la Directiva se autorizaba a introducir «excepciones con finalidades muy concretas, entre las que, desde luego, no se encontraban la conservación de una caza tradicional», afirma el Tribunal Supremo (F. tercero).

42 Sobre el estado de la cuestión en el momento inmediatamente anterior a la sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2010, vid. BARRENA MEDINA, Ana María, «El caso de la caza "a contrapasa" de la paloma torcaz: tratamiento jurisprudencial», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 17, 2010, pgs. 203-216.

43 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 5 de marzo de 2001, Recurso de Casación núm. 4970/1995 (RJ 2001, 1459), ponente Rafael Fernández Montalvo, por la que se anuló una Orden de la Diputación Foral de Guipúzcoa, de 14 de enero de 1992, por la que se autorizaba la caza de la paloma torcaz durante el trayecto de regreso a los lugares de cría, estimando el recurso interpuesto por la Sociedad Ornitológica Lamus, la Asociación Ecologista EKI y la Administración General del Estado.

44 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 21 de mayo de 2001, Recurso de Casación núm. 5742/1995 (RJ 2001, 4733), ponente Francisco Trujillo Mamely, estimatoria del recurso interpuesto por la Administración General del Estado contra la Orden Foral de la Diputación Foral de Guipúzcoa de 24 de enero de 1994, por la que se autorizaba para la temporada 1994, la caza de la paloma torcaz durante el trayecto de regreso a los lugares de cría.

45 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 24 de noviembre de 2003, Recurso de Casación núm. 6962/2000 (RJ 2004, 59), ponente Rafael Fernández Montalvo, confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de junio de 2000 que desestimó el recurso interpuesto por la «Sociedad Española de Ornitología» contra Orden Foral de la Diputación Foral de Guipúzcoa de 4 de febrero de 1998, por la que se autorizaba en la temporada de 1998 la caza de la paloma torcaz durante el trayecto de regreso a los lugares de cría.

En cuanto a la competencia para incorporar al Derecho español esa regulación, existe una competencia regional en materia de caza, conforme al artículo 148.1.11 de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, pero también ha de tenerse en cuenta el título competencial sobre el medio ambiente y conservación de la naturaleza, que en el artículo 149.1.23 de la Constitución se plasma en la atribución al Estado la legislación básica, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas para establecer normas adicionales de protección. El Tribunal Supremo repasa la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la competencia, llegando a la conclusión de que, de acuerdo con la Sentencia 102/1995, de 26 de junio, existe una fuerte competencia estatal, ya que, la prohibición con carácter general del ejercicio de la caza durante las épocas de celo, reproducción y crianza, así como durante el trayecto de regreso a los lugares de cría en el caso de las especies emigratorias, recogida en el art. 34.b) de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, «aunque tenga relación con la caza, no dejan de ser medidas para la protección de las especies y, por ello, del medio ambiente». Sin embargo, se recuerda en la sentencia del Tribunal Supremo que el Tribunal Constitucional declaró nula la Disposición adicional primera del RD 1095/1989, de 8 de septiembre, en cuanto consideraba básicos, entre otros, el artículo 4.2 y la Disposición adicional segunda, en el que se establecían los periodos de veda, correspondiendo las competencias controvertidas a las Comunidades Autónomas con competencia en materia de medio ambiente. Sintéticamente, la razón de esa nulidad sería la siguiente:

«no puede ponerse en duda el carácter de básico de la previsión de fases de veda durante las épocas de celo, reproducción y crianza de las especies, así como en el trayecto de su regreso a los lugares de reproducción de las migratorias, pero ha de negarse la calificación pretendida a la uniformidad de las fechas de principio y fin para la diversidad de una España compleja también desde sus diferentes perspectivas peninsular e insular, seca o húmeda, orográficamente exasperada, hecha de meseta y costa, con climas variados e incluso microclimas coexistentes en territorios no muy extensos ...».

En consecuencia, la competencia para establecer los periodos hábiles para la caza corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco en su propio territorio. No obstante, puntualiza el Tribunal Supremo lo siguiente:

«... lo que no podrá hacer, en ningún caso, es que al señalar aquéllas, determinando el período hábil de caza según las circunstancias particulares de la zona, no contemple o ignore la prohibición de que dicha actividad cinegética se desarrolle durante el trayecto de regreso de las aves migratorias hacia los lugares de cría, pues si no se contempla tal exigencia estaría vulnerando lo establecido en el artículo 34.b) LEN, que es normativa básica, y lo que resulta del reiterado artículo 7.4 de la Directiva Comunitaria».

Es este el razonamiento básico que lleva a la anulación de la orden foral impugnada, aunque con algún matiz, que complica la estimación del alcance exacto de la doctrina jurisprudencial:

«Y, como la Orden impugnada de la Diputación Foral, por una parte, no tiene en cuenta tal condicionamiento, y, *por otra, ni siquiera incorpora medidas suficientes para*

asegurar que la captura, retención o explotación prudente sea en las "pequeñas cantidades" a que se refiere la excepción contemplada en el artículo 9.1.c) de la Directiva comunitaria, ha de entenderse que incurre en contradicción con el ordenamiento jurídico».

El cambio de doctrina que supuso la Sentencia de 24 de noviembre de 2003 partió ya de la sentencia del Tribunal de instancia: si el Tribunal Superior del País Vasco había estimado los recursos contra las ordenes permisivas en los dos casos anteriores, en la sentencia posterior, confirmada por el Tribunal Supremo, lo había desestimado. El Tribunal Supremo es perfectamente consciente de su doctrina anterior, que resume en la propia sentencia, con una transcripción literal de buena parte de la argumentación de las sentencias anteriores (fd segundo). No obstante, se invocan también los cambios que la Ley 40/1997, de 5 de noviembre, había introducido en la Ley 4/1989, de espacios naturales, más concretamente en el art. 28.2, añadiendo un apartado f)⁴⁶ y, fundamentalmente, en la adición de una disposición adicional octava⁴⁷. Por otra parte, la brevísima exposición de motivos de la Ley 40/1997 hacía una referencia bastante clara a la convalidación de determinadas prácticas administrativas:

«El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, ha permitido comprobar el *distinto tratamiento otorgado por las Administraciones competentes a los períodos hábiles de caza* y a la utilización de las excepciones contempladas en dicha Ley para enervar las prohibiciones contenidas en la misma. Asimismo, se ha constatado el crecimiento y aumento de la producción de determinadas especies, lo que se ha traducido en que las épocas de veda para dichas especies en los distintos Estados de la Unión Europea no sean uniformes, permitiéndose la caza en períodos más largos de tiempo. Tal situación aconseja que *en los lugares en que son tradicionales y en condiciones estrictamente controladas, atendiendo a las condiciones de riesgo y las circunstancias de tiempo y de lugar, pueda permitirse, de un modo selectivo, la captura, retención o explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies*».

A partir de este cambio legislativo, el Tribunal Supremo examina la orden foral recurrida y llega a la conclusión de que cumple los requisitos legales para establecer un régimen excepcional respecto a la prohibición general de caza de las especies emigratorias en su regreso a los lugares de cría (F. tercero):

46 «Podrán quedar sin efecto las prohibiciones del artículo 26.4, previa autorización administrativa del órgano competente, si no hubiere otra solución satisfactoria, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...) f) Para permitir en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos y tradicionales, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies cinegéticas en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies».

47 Cuya redacción era la siguiente: «Si no hubiera otra solución satisfactoria, y cumpliendo los requisitos de los apartados 3 y 6 del artículo 28, la Administración competente podrá dejar sin efecto la prohibición establecida en el párrafo b) del artículo 34 respecto de las aves migratorias no catalogadas y durante el trayecto de regreso a sus lugares de cría, *para permitir en los lugares tradicionales, en condiciones estrictamente controladas y de modo selectivo* la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies cinegéticas *en pequeñas cantidades* y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies».

«... la motivación de la Orden Foral no es contradictoria con la excepción legal, que alude a *métodos y lugares tradicionales de caza*, y sus previsiones se ajustan ahora a las exigencias legales configuradoras de la excepción ya que, como resalta la sentencia de instancia: la paloma torcaz, especie no catalogada, de los informes obrantes en autos, *no resulta que sea un ave en retroceso*, sino todo lo contrario; establece unas *zonas tradicionales* en las que exclusivamente se autoriza la caza; se señala un *cupo máximo* de 4.000 ejemplares para toda la temporada que representa, según los cálculos contemplados por el Tribunal de instancia un 0,8 de la población migrante total, y que supone una *cantidad prudente, pequeña y limitada* compatible con la necesaria garantía de conservación de la especie; y se establecen suficientes *mecanismos de control* (art. 7 de la Orden), entre ellos un plan de vigilancia y la comunicación o envío, al menos, semanal por la Federación Territorial de Caza de Guipúzcoa al Departamento de Agricultura y Medio Ambiente de la relación de capturas de paloma torcaz, de los pases adjudicados y de las posibles incidencias ocurridas».

Finalmente, la Sentencia de 24 de febrero de 2010 vuelve a la doctrina inicial y lo hace confirmando la Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco que había estimado el recurso contencioso-administrativo y anulado la orden permisiva de la Diputación de Vizcaya, incluso condenando en costas a la Administración⁴⁸. Tanto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia como la del Supremo que la confirma se basan en la misma argumentación: la orden foral recurrida debía ser anulada puesto que *no concurría el requisito de que «no hubiere otra solución satisfactoria»*, exigido en el art. 9.1 de la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril, y en la disposición adicional octava de la Ley 4/1989, de espacios naturales⁴⁹, imprescindible para poder introducir excepciones a la regla general de prohibición de la caza de aves migratorias durante su trayecto de regreso a los lugares de cría⁵⁰.

Tanto el Tribunal Superior como el Supremo recalcan la existencia de *la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de junio de 2005*, asunto C-135/04, en la que se declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 7.4 de la Directiva de protección de aves al autorizar la práctica de la caza a «contrapasa» de la paloma torcaz en la provincia de Guipúzcoa.

48 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de septiembre de 2007, recurso contencioso-administrativo número 126/2006 (RJCA 2007, 676).

49 Que entretanto había recibido nueva redacción en virtud del art. 126, octavo, de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: «Si no hubiera otra solución satisfactoria, y cumpliendo los requisitos de los apartados 3 y 6 del artículo 28, la Administración competente podrá dejar sin efecto la prohibición establecida en el párrafo b) del artículo 34 respecto de las aves migratorias no catalogadas y durante su trayecto de regreso a sus lugares de cría, para permitir, en los lugares tradicionales, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar su conservación». También había recibido nueva redacción el art. 28.2, f), en virtud del art. 126, cuarto: «f) Para permitir, en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos tradicionales, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies no catalogadas en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar su conservación».

50 Sobre el tratamiento jurisprudencial de la cláusula, *vid.* GARCÍA URETA, Agustín, *Derecho europeo de la biodiversidad. Aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna*, Madrid, Ed. Iustel-Gómez-Acebo y Pombo, 2010, pgs. 390-429.

El Tribunal de Justicia puso de manifiesto que las zonas de esa provincia frecuentadas por la paloma torcaz en el período de caza ordinario, fundamentalmente durante la llamada «pasa», están poco alejadas de las que frecuenta la paloma torcaz durante su trayecto de regreso hacia su lugar de nidificación, y que las zonas de caza a la «pasa» son fácilmente accesibles a los cazadores que residen en las zonas de «contrapasa». Como consecuencia, *no puede considerarse cumplido el requisito de que «no hubiere otra solución satisfactoria» si la medida que autoriza la caza con carácter excepcional durante la «contrapasa» está se limita a prorrogar los períodos de caza de determinadas especies de aves en territorios ya frecuentados por éstas durante los períodos de caza ordinarios.*

Puede estimarse que esta sentencia del Tribunal Supremo, al acoger la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cierra judicialmente la cuestión, aunque la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979, haya sido sustituida por la Directiva 2009/147/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, para la conservación de las aves silvestres. Se trata de una disposición con finalidad codificadora, que recoge las novedades que habían sido paulatinamente incorporadas a la Directiva derogada (que aparecen relacionadas en la nueva directiva, en el anexo VI-A), lo que se traduce en la inexistencia de novedades sustantivas⁵¹.

En línea con esta ausencia de novedades sustantivas, se permite la caza con carácter general cuando, de acuerdo con el art. 7.1, dado el «nivel de población», la «distribución geográfica» y su «índice de reproductividad» en el conjunto del territorio comunitario, «no comprometa los esfuerzos de conservación realizados en su área de distribución». Pero este criterio general sigue estando sujeto a determinados condicionantes y, entre ellos, que se proteja la época de anidamiento, de reproducción y de crianza, extendiéndose la protección en el caso de las aves migratorias al trayecto de regreso a su lugar de anidamiento (art. 7.4).

No obstante, sigue vigente la posibilidad de introducir excepciones, siempre que no haya otra solución satisfactoria⁵², pero la jurisprudencia ha considerado expresamente como inapropiadas las excepciones que pretendan introducirse y que afecten a las épocas de cría o anidamiento⁵³.

51 Sobre este texto normativo, *vid.* DE ASÍS ROIG, Agustín y HERNÁNDEZ SAN JUAN, Isabel, «La conservación de las aves silvestres. Comentario a la Directiva L2009/147/CE del Parlamento y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 22, 2010. Más en extenso, GARCÍA URETA, *Derecho europeo de la biodiversidad*, cit., pgs. 179 y ss.

52 Esta cláusula, idéntica en la Directiva derogada, fue interpretada restrictivamente en las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1987, asunto C-247/85, Comisión contra Bélgica, y de 8 de julio de 1987, asunto C-262/85, Comisión contra Italia. En el mismo sentido, en la sentencia de 7 de marzo de 1996, asunto C-118/94, se señala que la excepción del artículo 9 es, justamente, excepcional, y «sólo pretende una aplicación concreta y puntual para responder a exigencias específicas». Específicamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 2006, C-182/2001, Ligue pour la protection des oiseaux, se estableció entre otros requisitos, que la condición de no existencia de otra solución satisfactoria no se cumple cuando la medida que autoriza la caza con carácter excepcional esté únicamente dirigida a prorrogar los períodos de caza de determinadas especies en territorios frecuentados por éstas durante los períodos de caza ordinarios.

53 Sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 2005, asunto C-135/04, Comisión contra España, ya citada, y de 15 de diciembre de 2005, asunto C-344/03, Comisión contra Finlandia.

VI. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La evaluación de impacto ambiental se perfila cada vez en mayor medida como el mecanismo ordinario de toma de decisiones territoriales. A mi juicio, esto se ve claramente en sentencias como la de 21 de octubre de 2010 (1), en la que la ausencia de evaluación de impacto ambiental –sin entrar en su obligatoriedad en el caso concreto, que es considerada como cuestión de fondo– es determinante en el otorgamiento de una medida cautelar y, por tanto, en la suspensión de las obras de ejecución del plan de ampliación de un puerto. No obstante, a la inversa, en la sentencia de 23 de diciembre de 2009 se insiste en que la declaración de impacto ambiental no es sino un elemento más en la adopción de la decisión y, en consecuencia, su incorporación al expediente administrativo no exime a la Administración del deber de motivar la resolución.

I. LA FALTA DE EVALUACIÓN AMBIENTAL COMO INDICIO FAVORABLE A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

En la Sentencia de 21 de octubre de 2010 se examina el recurso de casación contra el auto de la Audiencia Nacional por el que se denegaban las medidas cautelares solicitadas por el Ayuntamiento de Carreño contra la Modificación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto de Gijón-Musel (2).

La ampliación del Puerto de Gijón afectaba al vecino Municipio de Carreño. Concretamente, las obras previstas comportarían una transformación de gran envergadura de 32 Ha de ese término municipal.

Se trataría de la explanación de un promontorio costero –el Alto de Abono–, de 32 hectáreas de extensión, situado entre la Ría de Abono –que separa Carreño de Gijón–, las Playas de Xivares y Peña María, que constituye una barrera de protección frente a la actividad industrial de la población circundante. Se trata de terrenos de naturaleza rural, agraria y ganadera, clasificados por las Normas Subsidiarias de Carreño como Suelo No Urbanizable de Protección de Costas, e incluidos dentro del ámbito del Plan de Ordenación del Litoral Asturiano. Como señala el Tribunal Supremo, de realizarse las obras previstas «estaríamos, sin duda alguna, ante un supuesto de transformación de una realidad física sin posibilidad de retorno» (fundamento sexto).

El Tribunal Supremo invoca su propia jurisprudencia sobre la necesidad de proteger el suelo rústico de especial protección (fundamento octavo). No obstante, es la cuestión de la falta de evaluación de impacto ambiental lo que parece haber sido el aspecto decisivo en la decisión de acceder a la suspensión de las obras en lo que afecta al término municipal de Carreño. La decisión de no someter las obras a evaluación ambiental fue adoptada por la Secretaría de Estado para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático mediante Resolución de 24 de octubre de 2007, por entender que se trataba de uno de los planes previstos en el artículo 3.3 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Merece la pena transcribir con una cierta amplitud el razonamiento del Tribunal Supremo (fundamento séptimo):

«Acierta la Sala en cuanto no accede a pronunciarse sobre la legalidad de la decisión adoptada de innecesariedad de evaluación previa, a la que acabamos de referirnos, por cuanto no encuentra vía de acercamiento tangencial a la citada cuestión de fondo suscitada. La misma se trata, sin duda, de una de las causas de nulidad del litigio suscitado sobre la legalidad del PUESP. Mas, aún siendo ello cierto, sin embargo, tal ausencia de evaluación no es un dato baladí, neutro o irrelevante para decidir sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada. Pues es, justamente, la ausencia de tal evaluación -con independencia, ahora, de su exigencia legal- la que nos permite ser más exigente con la protección medioambiental; esto es, la ausencia de evaluación (que hubiera permitido concretar y posiblemente minimizar los daños que pudieran producirse por las obras de desmonte y taluzado de unos terrenos agrícolas), y la duda que la inexistencia de tal técnica de control medioambiental nos deja, es, sin duda, un dato que nos permite, en la confrontación de intereses en conflicto que realizamos, potenciar la importancia de los intereses medioambientales. Con independencia de su exigencia legal, lo cierto es que la realización de algún tipo de control de los valores de dicha índole existentes en la zona hubiera permitido una mejor comprensión de los mismos, sobre todo en un supuesto como el de autos en el que, tanto la Administración local en cuyo término municipal se ubican los terrenos a transformar con carácter definitivo, como la Administración autonómica asturiana, en sus respectivos informes, dejaban constancia de la conveniencia de la preservación de los intereses medioambientales detectados en la zona.

Tal evaluación -desde la perspectiva de la conveniencia y prudencia medioambiental- se nos presenta, a la vista de los informes con los que hemos contado, como un elemento que debemos situar en el terreno de la lógica y la racionalidad».

Puede destacarse que en la zona no existen figuras de protección, como LIC u otras, declaradas (aunque sí se señalaba por la Consejería de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias que sería deseable que la zona arenosa de la margen izquierda de la Ría, los espacios ocupados por el hábitat de determinadas aves marinas y su franja de protección fuesen respetados). Pese a la inexistencia de espacios protegidos, el estudio de impacto ambiental se reivindica como un elemento de racionalidad (sin entrar en su carácter preceptivo) en la adopción de la decisión sobre el emplazamiento de una gran infraestructura.

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 21 de octubre de 2010, Recurso de Casación núm. 3110/2009 (RJ 2010, 7513), ponente Rafael Fernández Valverde.

Aprobado por Orden FOM/297/2008, de 1 de febrero.

2. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL NEGATIVA Y MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DENEGATORIA

En la sentencia de 23 de diciembre de 2009⁵⁴, el Tribunal Supremo considera insuficiente la motivación de la sentencia de instancia, que casa, y la motivación del acto administrativo -denegatorio de la ampliación de una piscifactoría en aguas marinas-

⁵⁴ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4, de 23 de diciembre de 2009, recurso de casación núm. 807/2008 (RJ 2010, 1338), ponente Segundo Menéndez Pérez.

resoluciones ambas que descansaban sobre la evaluación de impacto ambiental negativa sin aportar razones adicionales. Concretamente, la solicitud denegada se refería a la autorización de la ampliación del tamaño de las jaulas y de la producción de lubina y dorada en un establecimiento acuicultura situado en mar abierto, pero próximo a Altea, en Alicante.

En cuanto a la sentencia de instancia⁵⁵, el Tribunal no entra en las razones esgrimidas por la parte recurrente para desvirtuar la fiabilidad de la evaluación de impacto ambiental, la falta de motivación de las resoluciones administrativas que se limitaban a remitirse a la misma ni valoraba la prueba practicada durante el proceso, lo que lleva al Tribunal Supremo a considerarla insuficientemente motivada. Del examen de la sentencia de instancia, muy corta, se desprende que la razón de la desestimación del recurso es el valor prevalente que se da a la declaración de impacto ambiental negativa:

«[la declaración de impacto ambiental] aparece como determinante en la resolución denegatoria de la autorización de ampliación, pero, por el contrario de lo alegado por la demandante, el error del que a su juicio se parte en la DIA, es más bien una diferente valoración respecto a los efectos que puedan preverse, siendo una discrepancia que ya en su momento fue objeto de valoración por la demandante, en particular respecto al factor aplicable pero, lo bien cierto es que *la propia DIA, está razonada y constituye la causa determinante de la desestimación, debiendo recordarse que a estos informes debe serles reconocido mayor peso*, en este punto recordar que, la Administración al emitir estos informes se valoran la totalidad de los factores medioambientales destinados a proteger una zona evitando excesos que puedan desembocar en efectos negativos por lo que se debe presumir merecedor de un aspecto técnico propio del procedimiento de su elaboración; en conclusión debe estarse con la Administración en presumir "su objetividad e imparcialidad (STS 4-mayo-82), a través del cual aquel ejerce su discrecionalidad técnica, que no es lo mismo que la discrecionalidad decisoria" ...»

Es este valor prevalente de la declaración de impacto negativa, que lleva a no entrar a analizar las alegaciones con las que la parte pretende desvirtuarlas, ni a valorar la prueba obrante en autos, lo que lleva a casar la sentencia. La falta de valoración de esas alegaciones es también lo que lleva a estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo y retrotraer las actuaciones para que por la Administración se dicte una resolución motivada.

Ante la discrepancia entre el Proyecto y el Estudio de Impacto Ambiental sobre el factor de conversión del pienso suministrado a los peces en producción de pescado por la granja marina, que el primero cifra en 3 y el segundo en 2, en la Declaración se utilizó el índice o factor, el 3, que era el que se había utilizado en el año 2000, cuando se había aprobado la declaración de impacto ambiental favorable a la instalación inicial de la granja marina. La utilización de uno u otro factor es sumamente relevante para determinar los residuos que vayan a resultar, tanto en pienso no consumido como en heces de los animales criados. En la declaración de impacto también se consideró

⁵⁵ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 1349/2007, de 12 de noviembre, recurso contencioso-administrativo núm. 130/2007 (JUR 2008, 85059), ponente Agustín María Gómez-Moreno Mora.

que la ubicación no cumplía los criterios de emplazamiento establecidos en el Protocolo aprobado por la Junta Nacional Asesora de Cultivos Marinos⁵⁶.

En el trámite de audiencia posterior, la empresa alegó que el «factor de conversión» utilizado en los proyectos de acuicultura se basa en el tipo de pienso utilizado, fundamentalmente en sus propiedades nutritivas y en el aprovechamiento que los peces hacían al alimentarse. Sin embargo, con los avances en la formulación de los piensos y con la implantación de mejoras en los sistemas de cálculo y suministro en las granjas, el índice o factor ha descendido en poco tiempo de 3 a 2 y continúa descendiendo. De este modo explicaba que el Estudio de Impacto Ambiental, elaborado en el año 2003, hubiese tenido en cuenta un factor de conversión 2, mientras que el Proyecto, elaborado un año antes, incluyó el que se estaba obteniendo antiguamente, resultando totalmente desfasado el utilizado en el año 2000. Respecto a la cuestión del emplazamiento, se alegaba que sí se cumplía el Protocolo de JACUMAR, entre otras razones porque la zona donde se ubica la instalación es una «zona abierta e hidrodinámicamente muy expuesta». De acuerdo con el Tribunal Supremo, en esas alegaciones se incluían numerosos datos de detalle y se acompañaban de diversa documentación. También de acuerdo con el Tribunal Supremo, sin más referencia a las alegaciones que la expresión «vistas las alegaciones del interesado a dicho trámite de audiencia», en la propuesta de resolución se preconizaba no autorizar la modificación solicitada y la resolución denegatoria se limitaba a la referencia de «que las mismas no acreditan que el entorno marino donde va a realizarse la actividad, permita un aumento de producción (cuatro veces a la autorizada inicialmente y con un aumento de superficie real de cultivo superior al doble existente) sin afección al medio marino y su entorno». En el recurso de alzada se recordaba que la ampliación que se solicitaba no afectaba ni al emplazamiento ni a la superficie y aportando un nuevo documento, elaborado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas para apoyar sus planteamientos sobre el índice de conversión y sobre el cumplimiento del Protocolo. También se hace referencia a que el informe jurídico previo a la resolución del recurso de alzada señalaba la falta de motivación de la decisión denegatoria y sugería la solicitud de informes técnicos adicionales, lo que fue desatendido en la desestimación del recurso administrativo. Como se resumen en la sentencia de casación:

«Si la Declaración de Impacto Ambiental resolvió la cuestión referida al índice o factor de conversión aplicando consideraciones del año 2000 y si la parte reaccionó exponiendo e intentando justificar que las mismas no eran ya aplicables en el año 2004, las resoluciones administrativas del órgano con competencia sustantiva no podían descansar sólo en aquella, como en realidad hacen. Del mismo modo, la amplia alegación y su intento de justificación

56 La Junta Nacional Asesora de Cultivos Marinos o JACUMAR es un órgano del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, creado mediante el art. 27 de la Ley 23/1984, de 25 de junio, de Cultivos Marinos, como un órgano de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, del que forman parte todas las Comunidades Autónomas con competencia en pesca marítima y en la que también participan las organizaciones representativas del sector de cultivos marinos. Los criterios sobre emplazamientos aparecen actualmente recogidos en las «Directrices para la selección de localizaciones para las instalaciones de acuicultura», publicadas en la *Guía para el desarrollo sostenible de la acuicultura mediterránea 2. Acuicultura: selección y gestión de emplazamientos*, documento que puede descargarse en la página web del Ministerio, en la dirección siguiente: http://www.mapa.es/ajpp/jacumar/recursos_informacion/publicaciones_ficha.aspx?Id=es&IdPublicacion=221

sobre el cumplimiento del Protocolo antes citado, exigía alguna consideración, por mínima que fuera, sobre esa otra cuestión. Todo ello, como ponía de relieve aquel informe del Área Jurídica, tras los informes complementarios que pudieran estimarse necesarios y bien para confirmar técnicamente las razones medioambientales en que se sustenta la DIA, o bien para mostrar una eventual discrepancia, a resolver en el modo establecido en el art. 5.2 de la Ley de las Cortes Valencianas 2/1989, de 3 de marzo, de Estudios de Impacto Ambiental de la Comunidad Valenciana».

Es decir, que el Tribunal Supremo rechaza el automatismo en la conversión de una declaración de impacto negativa en una resolución denegatoria cuando haya alegaciones de la parte que presenten el suficiente fundamento. Termina la sentencia con una ambigua alusión al «prevalente interés general de protección del medio ambiente» como «razón añadida» para «el único pronunciamiento que ahora nos parece posible, cual es ordenar la retroacción del procedimiento administrativo para que éste finalice con nueva resolución del órgano con competencia sustantiva que esté debidamente motivada». Pese a la ambigüedad, parece deducirse que es el interés ambiental el que lleva a no sustituir la decisión administrativa denegatoria por una autorización, sino a reenviar la cuestión a la Administración para su nueva consideración.

3. LEGITIMACIÓN DE UNA ASOCIACIÓN ECOLOGISTA EN MATERIA DE APERTURA DE CENTRALES TERMOELÉCTRICAS Y RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA AUTORIZACIÓN AMBIENTAL INTEGRADA

La Sentencia de 1 de diciembre de 2009⁵⁷ tiene un contenido estimatorio del recurso de casación, por lo que anula la sentencia de instancia⁵⁸, pero en cuanto a la pretensión de fondo, desestima el recurso contencioso-administrativo y, por tanto, confirma la autorización por el Ministerio de Industria de una central termoeléctrica de ciclo combinado, lo que constituía el objeto de la demanda interpuesta por una asociación ecologista (Ecologistas en acción-CODA). En cuanto al fondo, lo recurrido no era únicamente la resolución autorizatoria, sino también la aprobación de la evaluación de impacto ambiental. No obstante, la estimación del recurso de casación, aunque no se tradujese en la estimación de la demanda, tiene un interés cierto, puesto que en primera instancia se había inadmitido el recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa de la asociación ecologista recurrente.

A) Los hechos

El expediente administrativo se había iniciado con la solicitud presentada por Unión Fenosa Generación SA e Iberdrola Generación SAU para una instalación de producción de energía eléctrica de gas natural en ciclo combinado para dos grupos con una poten-

57 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, de 1 de diciembre de 2009, recurso de casación núm. 55/2007 (RJ 2010, 1865), ponente Eduardo Espín Templado.

58 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1216/2006, de 25 de octubre, recurso contencioso-administrativo núm. 433/2004 (JUR 2007, 166140), ponente Ricardo Sánchez Sánchez.

cia total de 800 MW, en el término municipal de Villaseca de la Sagra (Toledo), en el mismo emplazamiento en que ya disponían de dos grupos termoeléctricos de fuel-oil de 315'5 MW cada uno. En virtud del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, quedó suspendida la tramitación correspondiente a Iberdrola, condicionando su posible continuación al cierre de instalaciones de generación de una potencia equivalente a la de la nueva planta⁵⁹. La Secretaría General de Medio Ambiente aprobó la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto, previamente a la aprobación del proyecto por la Dirección General de Política Energética y Minas. Finalmente –es decir, con posterioridad al otorgamiento de las autorizaciones sustantivas–, por la Dirección General de Calidad Ambiental de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se otorgó la Autorización Ambiental Integrada para un grupo de 400 Mw de potencia eléctrica nominal.

B) El problema de la legitimación activa

Una de las cuestiones a las que merece la pena prestar atención es la de la legitimación activa de la entidad recurrente, la asociación ecologista, que fue negada por todas las partes demandadas y también en la sentencia de instancia (F. tercero, transcrito por el Tribunal Supremo):

«... resulta notorio que la parte actora carece de interés directo para la impugnación de una autorización de instalación de centrales termoeléctricas; además carece igualmente de interés difuso o de cualquier naturaleza que justifique su legitimación, pues ningún beneficio o perjuicio puede obtener del recurso presentado. Lo único que puede tener la parte actora es un mero interés por la legalidad que a ella no le corresponde defender. Redunda en esta idea el que no existe «acción popular» en el ámbito ecológico, salvo en los aspectos relativos al urbanismo y que, para las cuestiones atmosféricas lo más que se permite es el derecho de denuncia previsto en el art.16 del Decreto 833/1975, de 9 de junio».

La conclusión de la sentencia de instancia es clara: la asociación ecologista «tampoco está legalmente habilitada para la defensa de derechos e intereses legítimos colectivos (como podría estarlo una asociación de consumidores inscrita en el MSC, o un sindicato)». Y ello con independencia de los fines asociativos de la entidad: «...a la recurrente no puede tenérsele por legitimada activamente por el mero hecho de que en sus estatutos figure como finalidad principal la defensa del medio ambiente, pues ello permitiría una legitimación abierta en exceso, para la que bastaría con crear una sociedad o asociación en tal sentido». Todo ello se apoya en la doctrina contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003, aunque es preciso reseñar que esa sentencia nada tenía que ver con el Derecho ambiental⁶⁰. El Tribunal Supremo estima el motivo de casación argumentando, en lo

59 Por medio del art. 16 de ese texto legal se impuso una moratoria, bien de cinco o bien tres años, para el incremento de potencia instalada por los productores de energía eléctrica que, respectivamente, superasen el 40% o estuviesen entre el 20 y el 40% del total instalado en la península. Esta moratoria afectaba a las instalaciones en cuya tramitación no se hubiese finalizado el trámite de información pública, aunque se admitía la posibilidad de autorizar nuevas instalaciones en determinadas circunstancias.

60 La Sentencia del Pleno de la Sala 3ª de 31 de mayo de 2006 (recurso contencioso-administrativo núm. 38/2004 (RJ 2006, 3055), ponente Juan José González Rivas), se resolvió el recurso interpuesto por la

que concierne al objeto de este trabajo, de forma bastante sucinta: se apoya en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la cual incorpora a nuestro derecho interno las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, que incorpora la previsión del artículo 9.3 del Convenio de Aarhus, ratificado por España en diciembre de 2004), y en consecuencia introduce una modalidad de acción popular en materia de medio ambiente, estableciendo con determinadas condiciones a favor de las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente. De acuerdo con el Tribunal Supremo, tanto por razón de la materia, como desde la perspectiva de los requisitos subjetivos, la asociación recurrente cumple los requisitos establecidos en los arts. 22 y 23 de la Ley 27/2006 –organización con personalidad jurídica y sin ánimo de lucro cuyo objetivo primordial es la protección del medio ambiente, con más de dos años de actividad continuada en la consecución de sus objetivos estatutarios y cuyo ámbito de actuación se extiende a todo el territorio nacional– y debe reconocérsele la legitimación activa.

En cuanto a la materia ambiental y su relación con el procedimiento de autorización de la central térmica de ciclo combinado, el razonamiento del Tribunal Supremo también es de gran simplicidad:

«... la Ley 27/2006, de 18 de julio, aparte de sus efectos como *lex posterior*, modifica expresamente el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental, y la Ley 16/2002, de 1 de julio, sobre Prevención y Control Integrados de la Contaminación, en el sentido de considerar personas interesadas en los procedimientos en ellas regulados a quienes cumplan los requisitos establecidos por el artículo 23 de la propia Ley 27/2006 ...».

En consecuencia, las asociaciones ecologistas ostentarán legitimación tanto en los procedimientos administrativos como en los eventuales procesos contencioso-administrativos de impugnación cuando se trate de la autorización de centrales eléctricas.

C) Régimen transitorio de la autorización ambiental integrada e irregularidades procedimentales

La Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación, tuvo como finalidad la incorporación al Derecho español de la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación, aunque el texto estatal ya hubiese sido precedido por los de algunas comunidades autónomas⁶¹.

«Fundación Hizkuntza Eskubideeen Behatokia, Observatorio de Derechos Lingüísticos», contra el Real Decreto 102/2004 de 19 de enero, de nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, siendo parte recurrida la representación procesal del Consejo General del Poder Judicial. En la sentencia se negó legitimación activa a la entidad recurrente.

61 Vid. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, FRANCISCO DE BORJA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel María: *La autorización ambiental integrada: estudio sistemático de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación*, Madrid, Civitas, 2002; VALENCIA MARTÍN, Germán: «Contenido y alcance de la autorización ambiental integrada», en el vol. col. *Estudios sobre la Ley de prevención y control integrados de la contami-*

En el momento de la entrada en vigor de la Ley, el procedimiento de autorización se hallaba iniciado. La tesis de la entidad recurrente es que ese procedimiento debió haberse paralizado hasta la obtención de la autorización ambiental integrada, que en la realidad de los hechos no se otorgó sino con posterioridad a la autorización sustantiva. Para dar respuesta a la cuestión, el Tribunal Supremo procede al análisis de las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 16/2002, en su redacción original⁶², así como del artículo 3.d) del mismo texto legal. Por un lado, se daba a las instalaciones existentes un plazo hasta el año 2007 para adaptarse. Por otro lado, de acuerdo con la disposición transitoria segunda,

«A los *procedimientos de autorización ya iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley no les será de aplicación la misma* rigiéndose por la legislación aplicable, en los términos establecidos en el artículo 3.d)».

Sin embargo, de acuerdo con este último artículo, una «*instalación existente*» sería *aquella ya en funcionamiento en el momento de la entrada en vigor de la Ley*, el día 3 de julio de 2003, o bien *aquella cuyas autorizaciones estuviesen ya solicitadas, siempre que entrase en funcionamiento en los doce meses siguientes* a dicha fecha.

En el caso estudiado, las instalaciones no se pusieron en marcha hasta mucho después de transcurrido el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la Ley 16/2002, por lo que en ningún caso podrían haberse considerado «instalaciones existentes» y acogerse a la moratoria prevista en la disposición transitoria primera (hasta el 30 de octubre de 2007), para adaptarse a las exigencias de la Ley. Sin embargo, esta circunstancia no podía presumirse con anterioridad, por lo que hasta que transcurrió un año desde la entrada en vigor de la Ley no resultó exigible para las nuevas instalaciones la obtención de la autorización ambiental integrada y esto aunque «era perfectamente previsible que las instalaciones en cuestión no iban a poder estar en funcionamiento en la fecha prevista», como señala el propio Tribunal Supremo. Como se concluye en la sentencia (fd cuarto):

«aunque se invirtiese el orden entre la autorización sustantiva y la AAI, que fue obtenida con posterioridad a aquella, no hubo infracción legal, dada la aplicación sobreenvenida de la Ley 16/2002 al procedimiento de autorización en curso en el momento de entrada en vigor de la misma. Y, por lo demás, lo que hubo, en virtud del régimen transitorio previsto por la propia Ley, fue una aplicación de sus exigencias a dichos procedimientos en curso incluso antes de transcurrido un año desde su

nación, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*. Monografía núm. 3, Pamplona, Aranzadi, 2003, pg. 15-76; PERNAS GARCÍA, Juan José, *Estudio jurídico sobre la prevención de la contaminación industrial: la autorización ambiental integrada*, Barcelona, Atelier, 2004.

62 La disposición transitoria segunda fue modificada por medio de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE) —estableciendo un plazo máximo de seis meses a contar desde el 30 de octubre de 2007, para que las instalaciones existentes pudiesen funcionar sin autorización ambiental integrada—; mientras que la disposición transitoria primera lo fue por medio de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, rebajando de ocho a cinco años los plazos máximos de renovación de las autorizaciones ambientales integradas.

entrada en vigor, en vez de contar con el plazo previsto en la misma para las consideradas legalmente instalaciones existentes hasta octubre de 2007».

En cuanto a las irregularidades formales cometidas en el procedimiento, el Tribunal Supremo avanza prácticamente la conclusión antes de iniciar su examen (F. sexto):

«[tienen] acusado carácter formal, en el sentido de que denuncian irregularidades en los mecanismos de participación pública en el procedimiento, pero sin que a la entidad actora se le produjera indefensión en la defensa de sus intereses».

En todo caso, interesa reseñar que el Tribunal Supremo discrepa de la interpretación de la parte recurrente de que cuando un proyecto deba ser autorizado por la Administración General del Estado, el estudio de impacto habrá de ser sometido a información pública por el Ministerio de Medio Ambiente, con independencia de que en la regulación del procedimiento sectorial se prevea un período de información pública en el que deberá exponerse dicho estudio de impacto junto con el conjunto del expediente de autorización –es decir, una doble información pública–, aunque lo haga un tanto dubitativamente (F. sexto, B):

«... parece deducirse de dicha normativa, como entendió la Administración y ahora sostiene el Abogado del Estado, que el criterio más relevante es el de la exposición conjunta del estudio de impacto ambiental con el resto del expediente cuando el procedimiento sustantivo incluya un trámite de información pública».

3. LA DELIMITACIÓN DE UNA RESERVA DE TERRENOS PARA SU EXPROPIACIÓN CON DESTINO A UN PATRIMONIO PÚBLICO DE SUELO NO REQUIERE DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

El Tribunal Supremo considera que la exigencia de evaluación de impacto ambiental para «las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas», producto de la modificación introducida por medio de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, no sería exigible para un plan especial que delimita una zona de 1.122.117 m² destinada a su expropiación con destino al patrimonio autonómico de suelo, ni siquiera aunque en la memoria se prevea el destino de esos terrenos, originariamente clasificados como no urbanizables, una vez expropiados, a un parque logístico. La razón sería que tal delimitación con cambia directamente la clasificación del suelo, ni el destino del mismo, y no tiene carácter irreversible.

Esta doctrina se contiene en la Sentencia de 18 de enero de 2010⁶³, que rechazó el recurso de casación interpuesto por los afectados contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 6 de junio de 2005 que había desestimado sus preten-

63 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 18 de enero de 2010, Recurso de Casación núm. 6763/2005 (RJ 2010, 28), ponente Eduardo Calvo Rojas.

siones. El fundamento de Derecho más interesante es el tercero, en el que se sustancia la alegación de infracción de la jurisprudencia en cuanto a la exigencia de evaluación de impacto ambiental previa a la aprobación del Plan Especial en que se efectúa la delimitación, puesto que éste supone la modificación del planeamiento general de los dos municipios afectados, en los que se calificaba dichos terrenos como suelo no urbanizable, al vincular el área de reserva a la implantación del Parque Logístico Metropolitano de Valencia.

Dos de las sentencias alegadas por los recurrentes, según se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo comentada, son la de 30 de octubre de 2003⁶⁴, en la que se estableció la doctrina del sometimiento a evaluación de impacto ambiental de los planes urbanísticos, y la de 3 de marzo de 2004⁶⁵, que reitera casi literalmente lo dicho por la primera, lo que no debe extrañar, pues la sentencia recurrida (y confirmada) era la misma y el ponente era el mismo en ambos casos. Citando la primera de las sentencias (F. quinto):

«Es la aprobación del Plan la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental; no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior (*v. gr.* aprobación de Programas de Actuación, o del Plan Parcial, o del Proyecto de Urbanización), cuando restan sólo actuaciones de ejecución del Plan General, con el riesgo de que o bien por razones medio ambientales apreciadas posteriormente el Plan no pueda ser ejecutado o bien se devalúen o minimicen las razones medio ambientales para no dejar inoperante al Plan. La primera actuación administrativa que cambia el uso del suelo es el Plan General y él es quien modifica drásticamente su régimen jurídico. En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del Plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora (en la aprobación inicial) y los ciudadanos en general (en la información pública) podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente».

Por el contrario, la tercera de las sentencias alegadas y citadas en la sentencia comentada se refiere a los efectos de una evaluación de impacto ambiental realizada sobre el estudio preliminar del trazado de una autovía y, por tanto, nada tiene que ver con un caso como el enjuiciado⁶⁶. Debe señalarse que se trata de sentencias conocidas y que habían recibido atención doctrinal⁶⁷.

64 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 30 de octubre de 2003, Recurso de Casación núm. 7460/2000 (RJ 2003, 7974), ponente Pedro José Yagüe Gil. Rechaza el recurso y confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

65 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 3 de marzo de 2004, Recurso de Casación núm. 1123/2001 (RJ 2004, 1455), ponente Pedro José Yagüe Gil, confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de diciembre de 2000, sobre impugnación de la modificación del Plan General de Cartagena.

66 Sentencia de 24 de noviembre de 2003, Recurso de Casación núm. 5886/1999, RJ 2003\8618, ponente Segundo Menéndez Pérez.

67 En el propio Observatorio, GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.), *Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006, pgs. 289-291, y con anterioridad en ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, «La evaluación ambiental como técnica de control de la planificación urbanística y territorial», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 27, 2005, pgs. 175-189.

Ambas sentencias no sólo se refieren a hechos anteriores, sino que ellas mismas son anteriores a la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y fueron criticadas puesto que el Tribunal Supremo exigía para determinados planes urbanísticos una evaluación de impacto ambiental, cuando sólo resultaba aplicable la evaluación estratégica⁶⁸. Debe recordarse que la legislación en esta materia tiene su origen en la Directiva 2001/42, de 27 de junio, en la que se establece la exigencia de evaluación ambiental de planes y programas en determinadas materias caracterizadas por su impacto territorial, Directiva en la que se establece un procedimiento de evaluación alejado de la minuciosidad del proyecto concreto⁶⁹. Del plazo límite de transposición resulta que su exigencia resulta aplicable en España para aquellos planes o programas comprendidos en el ámbito de la Directiva cuyo primer acto preparatorio formal haya sido posterior al 21 de julio de 2004, bastante antes de la aprobación de la Ley 9/2006⁷⁰.

Como se ha señalado, el Tribunal Supremo exigió la evaluación de impacto ambiental en sus sentencias de 30 de octubre de 2003 y 3 de marzo de 2004 para una modificación del Plan General de Cartagena aprobada definitivamente por resolución de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de 2 de agosto de 1996 (y confirmada por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia de fecha 24 de enero de 1997). Aunque nada se diga en la sentencia comentada, de 18 de enero de 2010, con posterioridad el Tribunal Supremo reafirmaría su posición anterior en la Sentencia de 15 de marzo de 2006⁷¹. Se trataba del recurso contra un plan parcial, basado en la realización de la evaluación simplificada de impacto ambiental con posterioridad a su aprobación definitiva, recurso que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León había desestimado basándose en que la evaluación de impacto sería necesaria para la fase de ejecución, pero no para la aprobación del plan. El recurso de casación se basaba en la vulneración del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, tras su modificación por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, así como del Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, con base en los cuales afirmaba que el procedimiento de impacto ambiental es independiente del principal, pero previo a su resolución definitiva, mientras que en el supuesto el plan parcial había sido aprobado diez meses antes de la declaración de impacto ambiental. En su argumentación el Tribunal Supremo sólo utilizó la normativa española sobre evaluación de impacto ambiental y la Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, en la que no se sometían a evaluación los planes y programas, sino sólo determinados proyectos, públicos o privados, aunque, como ya se ha señalado, la aplicación de la Directiva 2001/42/CE, del Consejo, de 27 de junio de 2001, habría supuesto la exigencia de una evaluación estratégica ambiental para «contribuir a la integración de aspectos medioambientales en la preparación y adopción de planes y programas con el fin de promover un desarrollo

68 Vid. ESCARTÍN (2005), pg. 186.

69 ESCARTÍN (2005), pg. 178.

70 ESCARTÍN (2005), pg. 181.

71 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 15 de marzo de 2006, Recurso de Casación núm. 8394/2002 (RJ 2006, 2308), ponente Rafael Fernández Valverde.

sostenible», y su plazo de transposición, que España incumplió, había ya expirado el 21 de julio de 2004, como se ha señalado.

En consecuencia, la Sentencia de 18 de enero de 2010 puede considerarse un auténtico viraje en esta materia: en su fundamento tercero argumenta en contra de la exigibilidad de la evaluación de impacto ambiental de un plan especial de delimitación de una zona de reserva destinada a patrimonio autonómico del suelo, incluso si esa zona era suelo no urbanizable y se prevé expresamente la implantación de un «Parque logístico».

La sentencia de instancia había negado la necesidad de una evaluación de impacto ambiental basándose únicamente en la legislación valenciana, pero sin entrar en el examen de la normativa estatal. Con la modificación introducida por la Ley 4/1989, de 27 de marzo, en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental se amplió la lista de actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental, quedando incluidas «... las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas». Este precepto era el que había basado las sentencias del Tribunal Supremo de 2003 y 2004 exigiendo la evaluación de impacto ambiental para la modificación del Plan General de Cartagena.

Un tanto sorprendentemente, el Tribunal Supremo afirma que el Plan Especial de delimitación de la reserva de terrenos «no comporta ni autoriza una transformación de los terrenos», su único significado sería el siguiente:

«[la] reserva de terrenos en orden a la ampliación del patrimonio público de suelo y la consiguiente legitimación a efectos expropiatorios. *Será en un momento ulterior, al tiempo de tramitarse los instrumentos que aborden el cambio de uso y la transformación de los terrenos, cuando resulte preceptiva la previa Evaluación de Impacto Ambiental*».

Efectivamente, el Tribunal Supremo recuerda que con posterioridad se aprobaron dos planes especiales de ordenación de usos para las fases primera y segunda del Parque logístico, en los que se ordenaron los usos y se calificó el terreno como rotacional. Estos planes especiales si fueron objeto de declaraciones de impacto ambiental, que tuvieron carácter favorable.

Debe recordarse que la cuestión central planteada y resuelta en la sentencia de 18 de enero de 2010 es si un plan urbanístico que establece una delimitación de terrenos, *clasificados como suelo no urbanizable común*, para su expropiación con destino al Patrimonio Público de Suelo, pero con la intención expresa de que en el futuro sirvan de ubicación a un parque logístico o ciudad del transporte, requiere de una evaluación ambiental estratégica. Puede destacarse que entre los documentos aportados por los demandantes durante el proceso en primer instancia (posteriormente recurrentes en casación), figuraba un informe relativo al carácter inundable de parte de los terrenos expropiados para el futuro parque logístico –de acuerdo con el Plan de acción territorial para la prevención de riesgos de inundación en la Comunidad Valenciana (PATRICOVA)–, así como la afección a los ecosistemas de La Albufera, firmado por un biólogo especialista

en limnología⁷². Así mismo se argumentaba la afección a una vía pecuaria, la «Vereda de Aragón». Todos esos reparos se solventaban ya en la sentencia de instancia aludiendo a la «visión de conjunto» incorporada por la Memoria del Plan Especial de reserva.

El Tribunal Supremo reconoce que el Plan Especial de Reserva «anticipa y prede-termina la ubicación de los terrenos que luego van a ser objeto de transformación y cambio de uso». Sin embargo, considera que la exigencia de evaluación de impacto ambiental sólo es aplicable a «las actuaciones o instrumentos que comporten la transformación de uso del suelo; y el Plan Especial de Reserva no contiene ninguna determinación de esa índole». A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo señala que «ese Plan Especial de Reserva carece del contenido y del grado de concreción necesarios para que sobre ellos pudiese proyectarse una evaluación de impacto ambiental en sentido propio». El Tribunal Supremo concluye recapitulando su argumentación:

«En fin, lo decidido con la aprobación del mencionado Plan Especial de Reserva no es algo necesariamente irreversible, pues nada impide que la evaluación de impacto ambiental que se realice con posterioridad, esto es, al tiempo de tramitarse los instrumentos que han de definir los usos y determinen la transformación del suelo, ponga de manifiesto la inadecuación o inviabilidad del emplazamiento escogido en aquel Plan Especial de Reserva, lo que, en su caso, podría llevar a reconsiderar, en todo o en parte, los objetivos de motivaron aquella reserva de terrenos».

A mi juicio, es bastante evidente que éste pronunciamiento sólo se explica desde la perspectiva del caso concreto: los dos planes especiales en los que se concretaba la ubicación de las instalaciones del parque logístico no sólo fueron objeto de evaluación de impacto ambiental, sino que ésta fueron positivas. En estas condiciones, retrotraer el entero procedimiento al momento de una evaluación de impacto ambiental que sólo podría ser positiva parecía desproporcionado. Ahora bien, elevada la argumentación del Tribunal Supremo a doctrina general no sólo contradice su doctrina anterior, sino que lleva a conclusiones disfuncionales. La aprobación del inicial Plan Especial tenía como objeto adelantar las expropiaciones de terrenos –y, probablemente abaratarlas–, pero la decisión sobre la ubicación del futuro polígono logístico, con radical transformación del entorno físico, ya estaba tomada y hubiera debido ser evaluada desde la perspectiva ambiental en un momento en que la decisión todavía podía rectificarse o retocarse.

4. LA DELIMITACIÓN DE UNA RESERVA DE TERRENOS PARA SU EXPROPIACIÓN CON DESTINO A UN PATRIMONIO PÚBLICO DE SUELO NO REQUIERE DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

El Tribunal Supremo considera que la exigencia de evaluación de impacto ambiental para «las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la

⁷² Según se hace constar en la sentencia, se trataba del Secretario de la Asociación Española de Limnología. La citada asociación, inicialmente Asociación Española de Hidrogeología y actualmente Asociación Ibérica de Limnología, dispone de una página web (www.limnologia.eu/) y una revista, *Limnetica* (<http://www.limnetica.org>). De acuerdo con la Wikipedia, la limnología es la rama de la ecología que estudia los ecosistemas acuáticos continentales (lagos, lagunas, ríos, charcas, marismas y estuarios), las interacciones entre los organismos acuáticos y su ambiente, que determinan su distribución y abundancia en dichos ecosistemas.

cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas», producto de la modificación introducida por medio de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, no sería exigible para un plan especial que delimita una zona de 1.122.117 m² destinada a su expropiación con destino al patrimonio autonómico de suelo, ni siquiera aunque en la memoria se prevea el destino de esos terrenos, originariamente clasificados como no urbanizables, una vez expropiados, a un parque logístico. La razón sería que tal delimitación con cambia directamente la clasificación del suelo, ni el destino del mismo, y no tiene carácter irreversible.

Esta doctrina se contiene en la Sentencia de 18 de enero de 2010⁷³, que rechazó el recurso de casación interpuesto por los afectados contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 6 de junio de 2005 que había desestimado sus pretensiones. El fundamento de Derecho más interesante es el tercero, en el que se sustancia la alegación de infracción de la jurisprudencia en cuanto a la exigencia de evaluación de impacto ambiental previa a la aprobación del Plan Especial en que se efectúa la delimitación, puesto que éste supone la modificación del planeamiento general de los dos municipios afectados, en los que se calificaba dichos terrenos como suelo no urbanizable, al vincular el área de reserva a la implantación del Parque Logístico Metropolitano de Valencia.

Dos de las sentencias alegadas por los recurrentes, según se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo comentada, son la de 30 de octubre de 2003⁷⁴, en la que se estableció la doctrina del sometimiento a evaluación de impacto ambiental de los planes urbanísticos, y la de 3 de marzo de 2004⁷⁵, que reitera casi literalmente lo dicho por la primera, lo que no debe extrañar, pues la sentencia recurrida (y confirmada) era la misma y el ponente era el mismo en ambos casos. Citando la primera de las sentencias (fd quinto):

«Es la aprobación del Plan la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental; no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior (v.g. aprobación de Programas de Actuación, o del Plan Parcial, o del Proyecto de Urbanización), cuando restan sólo actuaciones de ejecución del Plan General, con el riesgo de que o bien por razones medio ambientales apreciadas posteriormente el Plan no pueda ser ejecutado o bien se devalúen o minimicen las razones medio ambientales para no dejar inoperante al Plan. La primera actuación administrativa que cambia el uso

73. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 18 de enero de 2010, Recurso de Casación núm. 6763/2005 (Arz. RJ 2010, 28), ponente Eduardo Calvo Rojas.

74. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 30 de octubre de 2003, Recurso de Casación núm. 7460/2000 (Arz. RJ 2003, 7974), ponente Pedro José Yagüe Gil. Rechaza el recurso y confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

75. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 3 de marzo de 2004, Recurso de Casación núm. 1123/2001 (Arz. RJ 2004, 455), ponente Pedro José Yagüe Gil, confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de diciembre de 2000, sobre impugnación de la modificación del Plan General de Cartagena.

del suelo es el Plan General y él es quien modifica drásticamente su régimen jurídico. En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del Plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora (en la aprobación inicial) y los ciudadanos en general (en la información pública) podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente».

Por el contrario, la tercera de las sentencias alegadas y citadas en la sentencia comentada se refiere a los efectos de una evaluación de impacto ambiental realizada sobre el estudio preliminar del trazado de una autovía y, por tanto, nada tiene que ver con un caso como el enjuiciado⁷⁶. Debe señalarse que se trata de sentencias conocidas y que habían recibido atención doctrinal⁷⁷.

Ambas sentencias no sólo se refieren a hechos anteriores, sino que ellas mismas son anteriores a la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y fueron criticadas puesto que el Tribunal Supremo exigía para determinados planes urbanísticos una evaluación de impacto ambiental, cuando sólo resultaba aplicable la evaluación estratégica⁷⁸. Debe recordarse que la legislación en esta materia tiene su origen en la Directiva 2001/42, de 27 de junio, en la que se establece la exigencia de evaluación ambiental de planes y programas en determinadas materias caracterizadas por su impacto territorial, Directiva en la que se establece un procedimiento de evaluación alejado de la minuciosidad del proyecto concreto⁷⁹. Del plazo límite de transposición resulta que su exigencia resulta aplicable en España para aquellos planes o programas comprendidos en el ámbito de la Directiva cuyo primer acto preparatorio formal haya sido posterior al 21 de julio de 2004, bastante antes de la aprobación de la Ley 9/2006⁸⁰.

Como se ha señalado, el Tribunal Supremo exigió la evaluación de impacto ambiental en sus sentencias de 30 de octubre de 2003 y 3 de marzo de 2004 para una modificación del Plan General de Cartagena aprobada definitivamente por resolución de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de 2 de agosto de 1996 (y confirmada por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia de fecha 24 de enero de 1997). Aunque nada se diga en la sentencia comentada, de 18 de enero de 2010, con posterioridad el Tribunal Supremo reafirmaría su posición anterior en la Sentencia de 15 de marzo de 2006⁸¹. Se trataba del recurso contra un plan par-

76. Sentencia de 24 de noviembre de 2003, Recurso de Casación núm. 5886/1999 (Arz. RJ 2003/8618), ponente Segundo Menéndez Pérez.

77. En el propio Observatorio, GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo», en F. López Ramón (dir.), *Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006, pg. 289-291, y con anterioridad en ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, «La evaluación ambiental como técnica de control de la planificación urbanística y territorial», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 27, 2005, pg. 175-189. ESCARTÍN

78. Vid. ESCARTÍN (2005), pg. 186.

79. ESCARTÍN (2005), pg. 178.

80. ESCARTÍN (2005), pg. 181.

81. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 15 de marzo de 2006, Recurso de Casación núm. 8394/2002 (Arz. RJ 2006, 2308), ponente Rafael Fernández Valverde.

cial, basado en la realización de la evaluación simplificada de impacto ambiental con posterioridad a su aprobación definitiva, recurso que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León había desestimado basándose en que la evaluación de impacto sería necesaria para la fase de ejecución, pero no para la aprobación del plan. El recurso de casación se basaba en la vulneración del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, tras su modificación por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, así como del Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, con base en los cuales afirmaba que el procedimiento de impacto ambiental es independiente del principal, pero previo a su resolución definitiva, mientras que en el supuesto el plan parcial había sido aprobado diez meses antes de la declaración de impacto ambiental. En su argumentación el Tribunal Supremo sólo utilizó la normativa española sobre evaluación de impacto ambiental y la Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, en la que no se sometían a evaluación los planes y programas, sino sólo determinados proyectos, públicos o privados, aunque, como ya se ha señalado, la aplicación de la Directiva 2001/42/CE, del Consejo, de 27 de junio de 2001, habría supuesto la exigencia de una evaluación estratégica ambiental para «contribuir a la integración de aspectos medioambientales en la preparación y adopción de planes y programas con el fin de promover un desarrollo sostenible», y su plazo de transposición, que España incumplió, había ya expirado el 21 de julio de 2004, como se ha señalado.

VII. MEDIO AMBIENTE Y DERECHO A LA VIVIENDA

En la Sentencia de 29 de septiembre de 2010⁸² se examina un asunto *a priori* un tanto anodino: la solicitud de un particular para acondicionar –según el recurrente– o construir –según la Administración– un camino para acceder a una vivienda unifamiliar es denegado por existir previamente la aprobación inicial de un plan administrativo que prohibiría ese tipo de actuaciones. Más peculiar es que el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia, estimando parcialmente el recurso de casación, porque no se ha argumentado suficientemente la afcción al derecho del recurrente a una vivienda digna y adecuada, puesto que la vivienda familiar de cuyos accesos se trata es su vivienda habitual, no una segunda residencia.

La sentencia impugnada, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 3 de mayo de 2005, había desestimado el recurso contencioso-administrativo. De lo que se trataba, de acuerdo a lo que se deduce de la sentencia comentada, era del acondicionamiento de una parte –parece que unos 150 metros– y construcción de otra parte –unos 180 metros– de un camino que comunicase la vivienda unifamiliar de la recurrente con un camino vecinal con el fin de que pudieran pasar vehículos. La solicitud desestimada parece haberse presentado como consecuencia de una orden de paralización de las obras dictada por la «Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural». En cuanto a la ordenación aplica-

82 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 29 de septiembre de 2010, Recurso de Casación núm. 974/2006, ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

ble, de acuerdo con las Normas Subsidiarias del municipio se trataba de un «suelo Rústico de Protección Paisajística», cuyos usos permitidos eran el agrícola y el «residencial ligado a la protección y cuidado del entorno», además de infraestructuras y servicios públicos, jardines, parques, y equipamiento público, estando prohibidos todos los demás usos, además localizarse en un «espacio natural» denominado «Paisaje Protegido Las Cumbres»⁸³.

De la combinación de ambas calificaciones derivaría la aplicación del art. 63.5 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 mayo, Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales Protegidos:

En el suelo rústico incluido en Espacios Naturales Protegidos o en sus zonas periféricas de protección, *el régimen de usos tolerados o permitidos será el especialmente establecido por sus instrumentos de ordenación*, sin que en ellos puedan otorgarse autorizaciones, licencias o concesiones administrativas sin un informe emitido por el órgano al que corresponda su gestión, y que en caso de que fuera negativo tendrá carácter vinculante.

El informe del Servicio de Medio ambiente se emitió y, a la vista del Plan especial aprobado inicialmente, fue negativo por entender que «la apertura de nuevos caminos, pistas u otras vías de comunicación» era un uso prohibido.

VIII. POTESTAD SANCIONADORA Y MEDIO AMBIENTE

Entre las sentencias del Tribunal Supremo correspondientes al año 2010 en que se aplica la legislación ambiental hay varias referidas al ejercicio de la potestad sancionado-

83 De acuerdo con la información que proporciona la página web del Gobierno regional (<http://www.gobiernodecanarias.org/cmoyot/espaciosnaturales/espaciosnaturales/grancanaria/c25.html>), este espacio tiene 4329 hectáreas y fue declarado por Ley 12/1987, de 19 de junio, de Declaración de Espacios Naturales de Canarias como «parque natural» de Las Cumbres, y posteriormente reclasificado por la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias como «paisaje protegido». En la mayor parte de su superficie tiene la calificación de Área de Sensibilidad Ecológica, a los efectos de la Ley 11/1990, de Prevención de Impacto Ecológico.

Aunque no se haga referencia en la página web, se ha podido localizar en el Boletín Oficial de Canarias la Resolución de 7 de septiembre de 2010, de la Dirección General de Ordenación del Territorio por la que se hace público el Acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias de 26 de abril de 2010, relativo a la aprobación definitiva del Plan Especial del Paisaje Protegido de Las Cumbres (C-25) (BOC núm. 187, de 22 de septiembre de 2010). En el Plan Especial del Paisaje Protegido de Las Cumbres de Gran Canaria se permiten obras destinadas a «mejorar la calidad de vida de los habitantes» del Paisaje Protegido, como son las infraestructuras de telecomunicaciones, la pavimentación de las pistas vecinales y el acondicionamiento de construcciones existentes.

No obstante, en el Plan se distingue entre zonas de «exclusión», las zonas de «uso moderado», zona de «uso especial» y las zonas de «uso tradicional», sin que sea posible determinar a cuál de ellas pertenecen las obras cuya legalidad se enjuiciaba. Las zonas de exclusión comprende la Caldera de los Pinos de Gáldar, incluida dentro del Monumento Natural de Montañón Negro. En las zonas de uso moderado se permite la realización de actividades educativas y recreativas, y el mantenimiento de las iniciativas tradicionales cuyo desarrollo no comprometa la conservación de sus valores. Las zonas de uso tradicional son áreas de medio o alto valor paisajístico, en las que se llevan a cabo aprovechamientos agrícolas y ganaderos previamente regulados. Las zonas de uso general tienen una menor calidad paisajística, cultural y ecológica dentro del Espacio Natural Protegido o tienen una mayor afluencia de visitantes, por lo que pueden servir para el emplazamiento de instalaciones, actividades y servicios. La zona de uso especial incluye asentamientos rurales o urbanos preexistentes a la catalogación del Espacio Natural Protegido o instalaciones y equipamientos previstos en el planeamiento territorial y urbanístico.

ra de la Administración. Las materias específicas son muy variadas: vertidos a un cauce público (sentencia de 2 de junio de 2010), incendios forestales (sentencia de 25 de junio de 2010) o almacenamiento de residuos (sentencia de 24 de septiembre de 2010).

La cuestión controvertida en la sentencia de 25 de junio de 2010⁸⁴ no es en sí la sanción administrativa, sino la indemnización por los daños causados por un incendio forestal. En el litigio, que enfrentó al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias con la Comunidad de Madrid, la sanción administrativa por inobservancia de las disposiciones establecidas para la prevención y extinción de incendios forestales, calificada como muy grave en virtud de los artículos 101.2.h) y 102 de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid fue de algo más de 150 mil euros, mientras que la indemnización por daños se fijó por la Comunidad de Madrid superaba los 540 mil euros. El Tribunal Superior de Justicia⁸⁵ rebajó la indemnización a algo más de 168 mil euros, en virtud de la valoración hecha por el perito judicial, a la que dio prevalencia sobre las aportadas por las partes: la diferencia de valoración no residía en los gastos de extinción del incendio, que no eran cuestionados por las partes, sino en la valoración de los daños, tanto en lo que se refiere al valor de los árboles quemados, como al correspondiente a la leña quemada, que debía descontarse. La intervención del Tribunal Supremo se limita a rechazar que la valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia entre en ninguno de los supuestos de infracción de las reglas de la prueba que pueden ser examinados en casación.

En el caso resuelto por la sentencia de 2 de junio de 2010⁸⁶ también aparecen dos entes públicos, la Administración General del Estado y, concretamente, el Consejo de Ministros, que impone al Ayuntamiento de Pinto una sanción administrativa de más de 300 mil euros, además de la obligación de indemnizar los daños ocasionados al dominio público hidráulico en una cifra de algo más de 61 mil euros, como responsable de una infracción muy grave por vertidos de aguas residuales urbanas a un cauce público sin autorización administrativa. Al ser un acto del Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo no actúa como órgano de casación, sino como tribunal de primera instancia.

En este caso también se discutía la valoración de los daños, en este caso sufridos por el dominio público hidráulico, pero no solamente por la cuantía de la indemnización, sino porque en virtud de esa cuantía la infracción podía calificarse como muy grave, como hizo el Consejo de Ministros, o como menos grave, que es la calificación que finalmente le otorga el Tribunal Supremo, en función del cambio en la valoración de los daños y en aplicación de los artículos 116.3.f) y 117 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, y 316.g) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

84 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 25 de junio de 2010, recurso de casación núm. 3657/2006, RJ 2010\5898, ponente Pilar Teso Gamella.

85 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 648/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9), de 20 de abril, recurso contencioso-administrativo núm. 416/2002 (JUR 2006, 200564), ponente José Luis Quesada Varea.

86 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 2 de junio de 2010, recurso contencioso-administrativo núm. 476/2008 (RJ 2010, 5493), ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

En realidad, no se discutía el método de valoración de los daños al dominio público hidráulico, pues se había seguido el criterio establecido en el artículo 326.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico que, en la redacción dada por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, dice lo siguiente: «Si los daños se hubiesen producido en la calidad del agua, para su valoración se atenderá al coste del tratamiento del vertido, a su peligrosidad y a la sensibilidad del medio receptor». En este caso, el coste del tratamiento del vertido se había fijado en 0,12 euros por m³, su peligrosidad (9,30) y la sensibilidad del medio receptor, al no estar clasificada la calidad de las aguas del cauce, en 1,0. Lo que se discutía es que el vertido se hubiese estado produciendo de modo constante entre los dos días en que se efectuó la toma de muestras y se constató su existencia, días separados por algo más de un mes de tiempo. La alegación del Ayuntamiento era que al tratarse de un aliviadero el vertido sólo se producía cuando concurrían circunstancias como lluvias intensas. Merece la pena transcribir el razonamiento del Tribunal Supremo (fd quinto):

«Aceptada la circunstancia de no haberse comprobado si entre los días 13 de marzo y 13 de abril de 2007 el aliviadero siguió arrojando aguas residuales al arroyo de Los Prados, hemos de admitir que resulta lógico que, al tratarse de un aliviadero, no fluyese por el agua diariamente, de manera que ignoramos los días que entre ambas fechas (13 de marzo y 13 de abril de 2007) se produjo vertido y, por consiguiente, no podemos considerar acreditada la duración del vertido durante treinta y dos días, lo que resulta decisivo para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y, por derivación, para la tipicidad de la infracción sancionable, ya que debemos declarar que sólo se ha probado que hubo vertido, dadas las características del aliviadero por el que se producía, los días 13 de marzo y 13 de abril 2007».

No obstante, resulta de gran interés que el Abogado del Estado pretendiese la aplicación los artículos 11 y 12 de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente 85/2008⁸⁷, que desarrolla lo establecido en el artículo 326 del Reglamento de Dominio Público

87 Orden MAM/85/2008, de 16 enero, por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales: «Artículo 11. *Determinación del caudal de vertido.* La determinación del caudal de vertido, a los efectos de la aplicación de la fórmula indicada en el artículo 10, se llevará a cabo conforme a los siguientes criterios: a) *Se presumirá, salvo prueba en contrario, que entre dos tomas de muestra de una actividad productiva constante, el caudal de vertido es también constante.* b) Se utilizará el valor del caudal medido en el momento de la toma de muestra. En caso de disponer de valores en continuo de caudal a lo largo de un día, se utilizará el valor medio de estos valores. c) En el caso de no ser posible la medición del caudal se realizarán estimaciones indirectas, a partir de datos de consumo de agua, número de trabajadores, tipo de producción o cualesquiera otros debidamente justificados, incluidos los títulos administrativos de aprovechamiento de agua y autorización de vertido. d) En el caso de vertidos de aguas residuales urbanas sin caudal medido o prefijado, el caudal de vertido se podrá determinar a partir de las dotaciones de vertido en litros por habitante y día, según la población abastecida y el nivel de actividad comercial de la tabla que figura en el Anexo II. Artículo 12. *Determinación de la duración del vertido.* La determinación del tiempo de vertido, a los efectos de la aplicación de la fórmula indicada en el artículo 10, se llevará a cabo conforme a los siguientes criterios: a) *El caudal de vertido medido o estimado en un determinado momento se considerará estable durante las 24 horas del día siempre que no se deduzca, justificadamente, otro valor a partir de los datos que obren en poder del organismo de cuenca correspondiente.* b) *Permaneciendo las demás circunstancias constantes, se presumirá, salvo prueba en contrario, que entre dos tomas de muestra el vertido ha tenido lugar durante todo el período.* c) *En el caso de vertidos ocasionales de aguas residuales, se presumirá salvo prueba en contrario que el tiempo de vertido es, como mínimo, de un día».*

Hidráulico, si no directamente (el inicio del procedimiento sancionador era anterior a su entrada en vigor), sí como criterio interpretativo. El Tribunal Supremo parece admitir que de resultar aplicable la Orden no habría lugar a entrar en la valoración de la prueba en sede judicial, procediendo la aplicación de las presunciones establecidas en esa norma reglamentaria y dando por buena la apreciación de los hechos en los que se había basado la imposición de la sanción. Por supuesto, se trata de un *obiter dictum*, pero resulta preocupante que el Tribunal Supremo admita, aunque sea a efectos dialécticos, la aplicación de presunciones contenidas en una norma reglamentaria de ínfimo rango y que liberan a la Administración de gran parte de su carga probatoria.

Finalmente, la sentencia de 24 de septiembre de 2010⁸⁸ tiene como objeto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Murcia⁸⁹, que había confirmado cuatro multas impuestas por la Administración de la Comunidad Autónoma a una empresa en aplicación del artículo 34. 3, a) de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos⁹⁰, por almacenamiento de sustancias peligrosas en instalaciones no cubiertas por la autorización para el ejercicio de la actividad de gestor de ese tipo de sustancias y sin condiciones de seguridad (al parecer, los residuos estaban depositados a la intemperie y sobre suelo no permeable). Puede señalarse que aunque las cuatro multas sumaban conjuntamente más de 300 mil euros, el recurso de casación se inadmite respecto a aquellas tres que individualmente no superaban los 150 mil euros en los que se establece la cuantía mínima de la casación (LJ art. 86. 2, b).

El Tribunal Supremo estima suficiente el contenido del expediente administrativo, que califica de «extenso» para considerar cumplidos los requisitos de la presunción de inocencia, negando transcendencia a que entre las primeras actuaciones de denuncia y en las inspecciones oculares posteriores, documentadas en informes y fotografías, se vaya ganado en concreción, pero sin que se aprecie ninguna contradicción. Tampoco considera vulnerado el principio de non bis in idem, puesto que los hechos sancionados, aunque conectados, «no son los mismos, pues hay una sucesión de acciones diferentes e independientes que tienen una distinta respuesta sancionadora». Si se acude a la sentencia de instancia, mucho más detallada, se aprecia que la argumentación de la empresa sancionada se refería a que las faltas relativas a la falta de etiquetado o a las mezclas de residuos, u otras irregularidades similares, ya están encuadradas en el tipo de «incorrecto almacenamiento». Sin embargo, tanto la Sala de instancia como el Supremo consideran que pese a la conexión entre ellos, ni los hechos ni el fundamento de la tipificación son los mismos, por lo que hay que considerarlas infracciones independientes.

88 Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 24 de septiembre de 2010, recurso de casación núm. 4706/2006 (RJ 2010, 6755), ponente Pilar Teso Gamella.

89 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1) núm. 254/2006, de 24 de marzo, recurso contencioso-administrativo núm. 2177/2002 (JUR 2007, 4277), ponente Esperanza Sánchez de la Vega.

90 En el que se tipifica «el ejercicio de una actividad descrita en la presente ley sin la preceptiva autorización o con ella caducada o suspendida; el incumplimiento de las obligaciones impuestas en las autorizaciones, así como la actuación en forma contraria a lo establecido en esta ley, cuando la actividad no esté sujeta a autorización específica, sin que se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o sin que se haya puesto en peligro grave la salud de las personas».

IX. RUIDO: NULIDAD REGLAMENTARIA POR OMISIÓN DE UNA REGULACIÓN NECESARIA

El caso de omisión que más frecuentemente se ha planteado ante nuestros tribunales ha sido el de omisión total, a menudo con incumplimiento de los plazos establecidos en una Ley para su desarrollo reglamentario, aunque también en algún caso se haya planteado la omisión de aspectos necesarios de la regulación de desarrollo de una Ley, aunque todavía ha sido más insólito que tales alegaciones hayan prosperado⁹¹.

En el BOE del 26 de octubre de 2010 se publicó el fallo de la Sentencia de 20 de julio de 2010, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁹², por la que se anula la expresión «Sin determinar» que figura en relación con el Tipo de Área Acústica, f), dedicado a los «Sectores del territorio afectados a sistemas generales de infraestructuras de transporte, u otros equipamientos públicos que los reclamen», dentro de la Tabla A, que establece los «Objetivos de calidad acústica para ruido aplicables a áreas urbanizadas existentes», del Anexo II del Reglamento, dedicado a los denominados «Objetivos de calidad acústica», del Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre.

La norma impugnada había sido el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, y el Tribunal Supremo dictó su fallo estimando parcialmente el recurso interpuesto por la Asociación de Propietarios de Chalets y Parcelas «El Fresno», de Fuente del Fresno, una urbanización de San Sebastian de los Reyes, en la provincia de Madrid. Esta asociación se había mostrado activa previamente en relación con la elaboración del Mapa de ruido del Aeropuerto de Barajas, lo que da idea de los motivos de su sensibilidad hacia este tema. En todo caso, la norma reglamentaria se ha visto poco afectada por la sentencia, parcialmente estimatoria, del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo rechaza la impugnación de los límites máximos de decibelios establecidos para determinados tipos de áreas, uso predominante «sanitario, docente y cultural», «residencial», «terciario», «recreativo y de espectáculos», «industrial», basado en que los niveles permitidos serían nocivos para la salud de acuerdo con la «literatura científica». En la sentencia se argumenta que tal tipo de consideraciones queda fuera de la competencia del Tribunal, que debe limitarse a comprobar las eventuales infracciones de la normativa comunitaria o legal que el Real Decreto desarrolla (F. segundo): «*para lo que estamos constitucionalmente habilitados, de forma expresa* (artículo 106.1 de la Constitución Española), *es para comprobar el ejercicio de la potestad reglamentaria, pero desde la perspectiva de su legalidad*». El Tribunal Supremo utiliza de nuevo este argumento para denegar la alegación de que se establecen índices inadecuados para delimitar los futuros mapas de ruido (los recurrentes preconizaban el índice Lmax,

91 Vid. GÓMEZ PUENTE, MARCOS, *La inactividad de la administración*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pgs. 383-393.

92 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 20 de julio de 2010, recurso de casación núm. 202/2007 (RJ 2010, 6507), ponente Rafael Fernández Valverde.

frente a los índices Ld, Le y Ln establecidos por el reglamento), para señalar que se trata de «un ámbito técnico que, pese a los esfuerzos realizados, sobrepasa nuestro limitado marco jurídico» (F. undécimo).

No obstante, en el propio fundamento segundo se admite que podría llegar a afectarse el derecho a la integridad física reconocido en el art. 15 de la Constitución, así como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18. Tras un repaso somero de la jurisprudencia constitucional (centrado en la STC 119/2001, de 29 mayo) y de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹³, lo que se une al reconocimiento del carácter potencialmente psicopatológico del ruido excesivo, lo que lleva al Tribunal a estudiar la alegación planteada. Pero rechaza que ese planteamiento pueda hacerse en abstracto, sino únicamente en relación a las circunstancias reales que se padezcan (F. segundo):

«tampoco esta exigencia constitucional necesaria para la vulneración del derecho a la integridad física (esto es la «exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas») se nos pone de manifiesto con la ausencia de relato fáctico alguno. Por no saber, no sabemos si el nivel de decibelios medios que se alcanzan en la zona en la que parecen residir los asociados de la recurrente».

En consecuencia, se rechaza la alegación de carácter general contra los niveles de ruido permitidos en el reglamento. Por lo demás, esa falta de alegación de daños concretos para los recurrentes es invocada de forma reiterada en la sentencia (ffdd cuarto, séptimo u octavo), para negar la existencia de responsabilidad patrimonial o de un derecho a justiprecios expropiatorios por las servidumbres acústicas. No obstante, la posición del Tribunal Supremo cambia cuando desciende a un aspecto de la regulación o, mejor, de la falta de ella. La alegación de la asociación recurrente se basaba en la infracción del art. 18.2 de la Ley 37/2003, del Ruido dado que en el apartado dedicado a los «Sectores del territorio afectados a *sistemas generales de infraestructuras de transporte*, u otros equipamientos públicos que los reclamen» no se concretaba el nivel de decibelios, sino que aparecía la expresión siguiente: «Sin determinar». En una Nota anexa a la Tabla, se expresaba para esas áreas lo siguiente: «En estos sectores del territorio se adoptarán las medidas adecuadas de prevención de la contaminación acústica, en particular mediante la aplicación de las tecnologías de menor incidencia acústica de entre las mejores técnicas disponibles, de acuerdo con el apartado a), del artículo 18.2 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre».

El Tribunal Supremo considera que el Gobierno infringió los párrafos 2 y 3 del art. 18 de la Ley 37/2003⁹⁴ al establecer una regulación con semejante nivel de inconcreción (F. tercero):

93 Se citan las tres sentencias clásicas al respecto, de 21 de febrero de 1990, caso *Powell y Rayner* contra *Reino Unido*; de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra* contra *España*, y de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra y otros* contra *Italia*.

94 «2. Para establecer los objetivos de calidad acústica se tendrán en cuenta los valores de los índices de immisión y emisión, el grado de exposición de la población, la sensibilidad de la fauna y de sus hábitats, el patrimonio histórico expuesto y la viabilidad técnica y económica. 3. El Gobierno fijará objetivos de calidad aplicables al espacio interior habitable de las edificaciones destinadas a vivienda, usos residenciales, hospitalarios, educativos o culturales».

el legislador pretendió establecer un nivel de concreción de los objetivos de calidad para cada una de las zonas o áreas expresadas, y ello, además, de conformidad con los criterios o valores que el mismo precepto, en su apartado 2, establece. Por ello, cuando el Reglamento recurre a otra técnica de establecimiento de los objetivos para el Tipo de Área que nos ocupa, cual es la remisión –mediante la nota antes reseñada– a «las medidas adecuadas de prevención de la contaminación acústica, en particular mediante la aplicación de las tecnologías de menor incidencia acústica de entre las mejores técnicas disponibles», en realidad, *está eludiendo y sorteando el nivel de concreción que el legislador había contemplado*.

Por otra parte, señala el Tribunal Supremo, en el art. 18.2 de la Ley 37/2003 se están estableciendo dos mandatos diferentes. Primero, que «se adopten todas las medidas adecuadas de prevención de la contaminación acústica, en particular mediante la aplicación de las tecnologías de menor incidencia acústica de entre las mejores técnicas disponibles, entendiéndose como tales las tecnologías menos contaminantes en condiciones técnica y económicamente viables, tomando en consideración las características propias del emisor acústico de que se trate». Segundo, que «no se supere ningún valor límite aplicable sin perjuicio de lo dispuesto en materia de servidumbres acústicas». Es evidente que el cumplimiento de este segundo punto requiere la fijación reglamentaria de valores máximos.

Por lo demás, el Tribunal Supremo rechaza que ni en la Ley 37/2003, del Ruido, ni en su reglamento, vulneren la igualdad ante las cargas públicas, al establecer unas cargas a unos ciudadanos en beneficio de la colectividad, que deberían ser compensadas (F. quinto):

«No existe tal vulneración. Tanto la existencia del ruido («inmisión sonora presente en el hábitat humano o en la naturaleza») como la de infraestructuras ferroviarias y aeroportuarias, constituyen un fenómeno ajeno y anterior a la regulación legal y reglamentaria que nos ocupa; por ello, con lo establecido en la Ley 37/2003, y con lo desarrollado por el Reglamento aquí impugnado, en modo alguno se están imponiendo servidumbres limitadoras del derecho de propiedad».

Finalmente, el Tribunal Supremo rechaza la alegación contra la regulación de las «servidumbres acústicas», que la asociación recurrente consideraba atentatoria contra los arts. 15 y 18 de la Constitución (F. décimo):

«Efectivamente, el artículo 7 LR en su apartado primero ofrece una enumeración de los tipos de áreas acústicas que en atención al uso predominante del suelo han de reconocerse como mínimo por las legislaciones correspondientes autonómicas. En este punto radica uno de los aspectos más novedosos de la LR, pues *introduce o, mejor, potencia un criterio de diferenciación, ordenación o vacación de usos del suelo: las previsiones estrictamente acústicas*. Por tal motivo, desde la perspectiva urbanística, la LR aboga por realizar la división del territorio en áreas acústicas tomando como referencia el uso predominante previsto para cada sector de suelo.

La idea que subyace a la adopción de esta medida consiste en intentar preservar de la contaminación acústica los que, en atención a las actividades que acogen, se consideran usos más sensibles del suelo. De tal suerte que se exige proceder a una zonificación acústica de los usos del suelo. Esta primera técnica preventiva de planificación acústica actúa controlando y direccionando el ruido, lo que, desde luego,

tiene trascendencia respecto del modelo consolidado de ciudad, pero, sobre todo, adquiere relevancia atendiendo a la dimensión prospectiva, futura, del planeamiento. (...)

En buena lógica, la fijación de los distintos tipos de áreas acústicas se hará sobre la base de los usos actuales (áreas urbanísticamente consolidadas) o que estando previstos en el planeamiento vigente, aún no se han desarrollado. Además *no cabría admitir que una misma zona del suelo pueda incluirse simultáneamente en dos categorías distintas de áreas acústicas y, en todo caso, debe exigirse el mantenimiento de una cierta compatibilidad acústica entre áreas contiguas, que vendrá definido por los objetivos de calidad fijados para cada una de ellas. Si bien las modificaciones y revisiones del planeamiento urbanístico que puedan llevarse a cabo abren la posibilidad de modificar la calificación de las áreas acústicas incluidas en el ámbito correspondiente».*

El recurso fue estimado en un punto, como ya se ha señalado, pero rechazado en la impugnación de varios preceptos muy significativos de la norma reglamentaria, que salió globalmente indemne. Resulta por ello curioso que el Gobierno todavía no haya aprobado una modificación del Real Decreto 1367/2007 que, en cumplimiento de la sentencia reseñada, dé contenido al precepto anulado por su indeterminación. Responder a una condena por omisión con una nueva omisión no parece el comportamiento más respetuoso con el Estado de Derecho.

X. LA POSIBILIDAD DE REGULACIÓN POR ORDENANZA LOCAL DE CUESTIONES AMBIENTALES

Diversas sentencias del Tribunal Supremo han reconocido una amplio margen a los Ayuntamientos para regular por ordenanza diversas cuestiones ambientales, especialmente la utilización de determinados tipos de abonos, como estiércol, purines o fango de depuradora, estableciendo condicionantes para su utilización, aunque también otras cuestiones relacionadas.

En el caso resuelto por la sentencia de 17 de noviembre de 2009⁹⁵ lo impugnado era la Ordenanza de un Ayuntamiento catalán (concretamente, el de Tárrega, en Lérida), recurrida por la «Unió de Pagesos» cuyos puntos más conflictivos parecen haber sido la obligación de enterrar los abonos de procedencia agrícola en un máximo de 24 horas desde su aplicación y la prohibición de utilizar como abonos fiemo, purines o fangos de depuradora a una distancia de menos de 500 metros del casco urbano o de 250 metros de las masías ubicadas en suelo no urbanizable o pueblos agregados. En primera instancia se anulan varios artículos de la ordenanza, pero se confirma la competencia del Ayuntamiento para aprobarla. En consecuencia, la alegación principal de los recurrentes en casación es la competencia normativa de Estado y Comunidad Autónoma en materia de protección de medio ambiente, intentando conseguir un pronunciamiento que excluyera la competencia municipal. El Tribunal Supremo rechaza el recurso, reconociendo una amplia competencia a las entidades locales para regular estas cuestiones.

95 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4, de 17 de noviembre de 2009, recurso de casación núm. 1147/2008 (RJ 2010, 1763), ponente Celsa Pico Lorenzo.

La misma asociación había promovido anteriormente recursos similares. Uno de ellos, el interpuesto contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Bordils (Gerona) sobre la aplicación en el territorio del Municipio de fiemo, purines y fangos de depuradora, resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2009⁹⁶. Muy similar es el recurso contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Vilabella (Tarragona) de aprobación de la ordenanza reguladora de la aplicación de estiércol, purines y fangos de depuración, resuelto por sentencia de 14 de octubre de 2009⁹⁷. Finalmente, otro recurso fue el interpuesto contra la Ordenanza Municipal reguladora de la aplicación de estiércol, purines y lodo de depuración, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Llambilles (Gerona), fue resuelto en última instancia por el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de octubre de 2009⁹⁸. Igualmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia había estimado parcialmente el recurso, pero fue recurrida en casación buscando un pronunciamiento de incompetencia del Municipio y, en consecuencia, una declaración de nulidad de toda la norma reglamentaria, lo que fue rechazado por el Tribunal Supremo.

Por lo demás, no se trata de un asunto que no se haya planteado en otras ocasiones ante el Tribunal Supremo: presenta muchas similitudes el asunto planteado por el recurso interpuesto por la empresa «Unión Químico Farmacéutica, SA», frente a la aprobación por el Ayuntamiento de Lliça de Vall (Barcelona) de la Ordenanza Municipal de «regulación de la liberación de olores a la atmósfera», resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de enero de 2008 declarando su conformidad al ordenamiento jurídico, salvo en algunos aspectos concretos⁹⁹. En esa sentencia se invocaban preceptos de normas específicas, como la Ley 16/2002 de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, o la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en cuyo artículo 42.3 se atribuye a los Ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones públicas, determinadas responsabilidades mínimas en relación al cumplimiento de las normas y planes sanitarios, como el control sanitario del medio ambiente y específicamente la contaminación atmosférica, y el control sanitario de industrias. Pero también se invocaban preceptos de alcance general, destacadamente la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, que ya había sido objeto de una aplicación extensiva en la Sentencia de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6487), en materia sancionadora, respecto a una Ordenanza que establecía infracciones y sanciones para la ocupación de las vías públicas con contenedores de residuos¹⁰⁰.

96 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4, de 7 de octubre de 2009, recurso de casación núm. 204/2008 (RJ 2010, 4), ponente Segundo Menéndez Pérez.

97 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4, del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009, recurso de casación núm. 5229/2007 (RJ 2010, 1070), ponente Enrique Lecumberri Martí.

98 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4, del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2009, recurso de casación núm. 283/2008 (RJ 2010, 1081), ponente Santiago Martínez-Vares García.

99 Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4, de 30 de enero de 2008, recurso de casación núm. 1346/2004 (RJ 2008, 1934), ponente Santiago Martínez-Vares García.

100 Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 29 de septiembre de 2003, recurso de casación núm. 5167/1998 (RJ 2003, 6487), ponente Mariano Baena del Alcázar.

En esta misma línea, las sentencias de 7, 14, 15 de octubre y de 17 de noviembre de 2009 utilizan argumentaciones muy similares, casi coincidentes, citándose en todas ellas amplios párrafos de la de 7 de octubre. En síntesis, con base en la Carta Europea de Autonomía Local de 1985, se viene a defender una amplísima competencia de las entidades locales en cuestiones de medio ambiente:

«...las Corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, "para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local".»

XI. LA AMPLIACIÓN DE LAS INSTALACIONES DE ALMACENAMIENTO TEMPORAL DE LAS CENTRALES NUCLEARES ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

La cuestión del almacenamiento de los residuos nucleares es un tema que periódicamente vuelve a la actualidad y, seguramente, constituye el punto más débil en las argumentaciones que se hacen en defensa de la energía nuclear. Al margen del almacenamiento definitivo, que ha sido objeto de noticia durante el último año, y que es una pieza clave en el debate nuclear, lo que se discutía en la sentencia de 24 de noviembre de 2009 era algo mucho más modesto: la licitud del almacenamiento de combustible ya usado en las propias centrales y la posibilidad legal de autorizar la ampliación de las instalaciones de almacenamiento que existen en cada central¹⁰¹.

Las partes enfrentadas en el proceso son la Administración General del Estado –más concretamente, el Ministerio de Industria– y la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares de España, que recurre el acuerdo por la que el Director General de Energía, en respuesta a las solicitudes presentadas en relación a una serie de centrales nucleares, resolvió que no procedía la declaración de inexistencia de autorización para almacenar residuos generados en las propias instalaciones, así como que tampoco procedía declarar que las centrales carecieran de autorización del Ministerio relativa a las obras de adaptación de las piscinas y almacenamiento en las mismas del combustible irradiado, ni adoptar medida disciplinaria alguna en relación con las obras y usos de las piscinas.

En primera instancia el fallo había sido desestimatorio¹⁰², por lo que la asociación interpuso el recurso de casación, que también fue desestimado.

El asunto se inicia con la solicitud presentada por los Directores de las Centrales Nucleares de Almaraz, Ascó, Trillo, Vandellós II, Cofrentes, José Cabrera, Santa María

101 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3, de 24 de noviembre de 2009, recurso de casación núm. 2863/2007 (RJ 2010, 1821), ponente Eduardo Espín Templado.

102 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 402/2007, de 18 de abril, recurso contencioso-administrativo núm. 9/2000 (RJCA 2007, 758), ponente Ricardo Sánchez Sánchez.

de Garoña, para que se autorizase la puesta en marcha de una instalación de almacenamiento de combustible gastado mediante nuevos bastidores de almacenamiento compacto, que sustituirían a las instalaciones anteriormente existentes. El Director General de la Energía dictó varias resoluciones autorizando las modificaciones, con determinadas condiciones y limitaciones técnicas. En respuesta a esas resoluciones, la asociación recurrente presentó varios escritos solicitando, entre otras cosas, que se declarase que las centrales reseñadas carecían de autorización de almacenamiento, fuera del inicial, además de ordenar la inmediata paralización de las obras y la adopción de medidas sancionadoras. El rechazo de esas solicitudes es lo que origina el pleito.

Dejando ahora de lado las cuestiones procesales, en la sentencia de 24 de noviembre de 2009 se aborda la posible vulneración de la legislación aplicable a las instalaciones nucleares y, en concreto, el art. 28 de la Ley 25/1964, de 9 de abril, de Energía Nuclear, y los arts. 4 y 7 a 29 del Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas, aprobado por Decreto 2869/1972, de 21 de julio.

La cuestión parece ser más técnica que jurídica: si pueden diferenciarse entre enfriamiento en piscina y almacenamiento temporal. O, como dice el Tribunal Supremo, «nos encontramos en el presente asunto con un debate sobre el almacenamiento nuclear que tiene una vertiente jurídica y otra probatoria, estando ambas estrechamente ligadas».

Para el almacenamiento de combustible gastado se usa una piscina de agua, de paredes de hormigón y revestimiento de acero inoxidable que contiene en el fondo unos bastidores metálicos con celdas, cada una destinada a almacenar un conjunto combustible. Por encima de los bastidores hay varios metros de agua para facilitar el blindaje y la manipulación de los elementos de combustible. La piscina debe diseñarse para asegurar que el conjunto sea «subcrítico», de tal manera que no quepa la posibilidad de que se inicie una reacción de fisión, y que disponga de medios de refrigeración del calor residual que emite el combustible y de sistemas de limpieza y acondicionamiento del agua, además de blindaje contra las radiaciones e instrumentos de control.

En función de la existencia o no de fases separadas y distinguibles, se determinaría si las autorizaciones de las centrales nucleares abarcaban el almacenamiento temporal o únicamente un primer tratamiento del residuo, que sería el enfriamiento en piscina. Según la tesis de la parte demandante, las centrales nucleares no tendrían autorización para almacenar residuos más allá de su enfriamiento inicial. En consecuencia, el cambio de bastidores en las piscinas, que supone un considerable incremento de su capacidad inicial, iría más lejos de lo autorizado, al cambiar su función. Por el contrario, la tesis contraria, avalada por el Consejo de Seguridad Nuclear, lo que parece haber resultado decisivo, sería que durante el almacenamiento temporal del combustible en las piscinas tiene lugar el enfriamiento inicial, pero esto no es la única función de las mismas, ni está limitado en ninguna condición de autorización ni en ningún documento oficial de explotación, el tiempo máximo de permanencia del combustible en esta forma de almacenamiento, sin que el enfriamiento inicial esté tipificado para un periodo concreto. Desde un punto de vista técnico y normativo, se afirmaría por el CNS en su informe, el fin de los recintos de almacenamiento es el almacenamiento y

contención segura de los residuos hasta su traslado a otra instalación, y este objetivo no se ha visto alterado con las modificaciones realizadas en los bastidores de las piscinas.

Desde un punto de vista jurídico, la cuestión no está clara en la normativa legal, como reconoce el Tribunal Supremo (F. quinto):

«El artículo 28 de la Ley de Energía Nuclear, invocado por la actora, contempla un sistema de autorizaciones, pero el precepto se refiere a las distintas fases de la vida de las centrales, no de sus operaciones internas: así, se prevén autorizaciones para la selección de emplazamientos, la construcción, la puesta en marcha y el funcionamiento, el desmantelamiento y la clausura. *No se contempla, por tanto, en dicho precepto nada sobre la cuestión que nos atañe, y es la conservación temporal de los residuos hasta su traslado para su almacenamiento definitivo.*».

El Tribunal Supremo examina a continuación las normas reglamentarias, para llegar a la conclusión de que «en ninguno de dichos preceptos se refiere el Decreto específicamente a la cuestión controvertida».

No obstante, el Tribunal Supremo considera que puede ser razonable entender que, puesto que se requiere autorización administrativa para la ampliación o modificación de las centrales, la ampliación de la capacidad de almacenamiento temporal de las piscinas de enfriamiento requeriría también autorización. Sin embargo, la asociación recurrente lo que sostiene es que en ningún momento las centrales contaron con la autorización para un almacenamiento temporal o permanente de residuos radioactivos, más allá del proceso de enfriamiento, que fija en 150 días de acuerdo con el informe técnico que se adjunta a la demanda. En consecuencia, el Tribunal Supremo sintetiza los términos del debate en torno a dos cuestiones: «a) si existía la posibilidad del almacenamiento temporal de los residuos radioactivos con las autorizaciones iniciales y b) el papel de las autorizaciones otorgadas por la Administración para la ampliación y modificación de las piscinas de almacenamiento temporal».

Respecto a la primera cuestión, el Tribunal Supremo opta por una interpretación favorable al ejercicio de la actividad:

«los términos de la Ley de Energía Nuclear son lo suficientemente amplios y flexibles como para entender que la licencia inicial de las centrales incluía el almacenamiento temporal de los residuos nucleares hasta su traslado a emplazamientos de almacenamiento propiamente dichos».

El juicio está confesadamente fundado en los informes de Enresa y del Consejo de Seguridad Nuclear sobre cuál es el modus operandi normal de una central nuclear:

«... parece acreditado que el almacenamiento temporal es inevitable sea cual sea la técnica (cielo abierto o cerrado) que utilice la central, así como que las instalaciones primigenias de las centrales nucleares contaron a tal efecto desde su estructura inicial autorizada con piscinas para permitir dicho almacenamiento temporal y en donde se produce, mientras se conservan en ellas los residuos, el enfriamiento inicial de los mismos».

No obstante, todo el debate no deja de ser un tanto artificial, puesto que el Tribunal Supremo reconoce que la legislación aplicable permite expresamente adaptar y

ampliar las instalaciones previa autorización administrativa y tales autorizaciones fueron oportunamente otorgadas por el órgano competente:

«es claro que el almacenamiento temporal en dichas piscinas, ampliadas o modificadas de conformidad con las respectivas autorizaciones requeridas por el artículo 4 del Reglamento aprobado por el Decreto 2869/1972, resulta perfectamente regular. No deja de tener razón el Abogado del Estado a este respecto cuando afirma que el presente asunto surge mediante la creación un tanto artificiosa de un acto administrativo (la solicitud a la Administración de que emitiera diversas declaraciones admitiendo determinadas irregularidades en las centrales nucleares en relación con el almacenamiento de residuos nucleares) para poder recurrir actos administrativos que en su momento no fueron impugnados, como las referidas autorizaciones».

Lo cierto es que el recurso parece haber tenido mayor calado político que jurídico: las posibilidades reales de que prosperase siempre fueron escasas. De hecho, la argumentación se centra en cuestiones de hecho, en el palpable esfuerzo de los magistrados intervinientes, tanto en instancia como en casación, para entender la problemática fáctica, mientras que la argumentación estrictamente jurídica es contundente y escueta en lo atinente al problema de fondo. En consecuencia, el recurso podría interpretarse como una queja por la falta de participación de los municipios afectados en los procedimientos autorizatorios, por lo que resulta llamativa la omisión de cualquier alusión a la cuestión en la fundamentación de la postura de la parte recurrente¹⁰³.

XII. AUTORIZACIÓN DE UN GESTOR DE RESIDUOS PELIGROSOS: VINCULACIÓN ESTRICTA DE LA ADMINISTRACIÓN POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El pleito resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009¹⁰⁴ enfrentó a la Comunidad de Madrid con una empresa dedicada a la gestión de residuos peligrosos (AURECA Aceites Usados y Recuperación Energética de Madrid S. L.): la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo en primera instancia contra la resolución administrativa, que imponía diversas condiciones para la prórroga de la actividad del recurrente como gestor de residuos peligrosos, llevó a la Administración a interponer el recurso de casación.

Como consecuencia, el debate jurídico se centra en la licitud de las dos condiciones impuestas por la Administración para la renovación de la autorización y anuladas en primera instancia: primera, exigencia de un análisis semestral de emisiones gaseosas tomando una muestra representativa de dioxinas y furanos¹⁰⁵ cuyo límite de emisión

103 Un examen de estas cuestiones, con especial atención a las cuestiones de participación, en RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel: «Gobernanza y riesgo ambiental en los procedimientos autorizatorios de instalaciones nucleares», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, pgs. 1-59.

104 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 10 de diciembre de 2009, recurso de casación núm. 5947/2005 (RJ 2010, 2187), ponente Rafael Fernández Valverde.

105 De acuerdo con la Wikipedia, el «furano» es un líquido claro, incoloro, altamente inflamable y muy volátil, con un punto de ebullición cercano al de la temperatura ambiente, además de destacar que es tóxico y puede ser carcinógeno. Entre otros usos, se utiliza en la producción de lacas, como disolvente

se fijaba en 0,1 ng/Nm³; segunda, relativa a los residuos admisibles y su control periódico, obligando a hacer determinados controles periódicos en sus depósitos y certificar la concentración de contaminantes en los aceites, remitiendo la correspondiente certificación a la Administración.

El caso resulta relevante para determinar el margen de apreciación jurídica y técnica de la Administración en este tipo de acto administrativo: para motivar la imposición de la primera condición se había acudido a la aplicación analógica de la normativa sobre incineración de residuos municipales y peligrosos, pero en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia se entendió que no existía la identidad de razón necesaria. Respecto a la segunda, la Administración habría invocado la licitud de los actos de autorización sujetos a condición, mientras que la empresa alegaba que se trataba de trámites establecidos en la normativa para los centros de transferencia, no para los de gestión, pudiendo realizar la Administración las inspecciones necesarias para comprobar que los productos almacenados se encontraban entre los permitidos, argumento que fue aceptado por el Tribunal de instancia¹⁰⁶.

Resulta relevante que el primer motivo de casación, con invocación del art. 45 de la Constitución y de la normativa de residuos, se basase en la legitimación que a la Administración le proporcionaría el fin de proteger el medio ambiente. Tal como lo resume el Tribunal Supremo (F. tercero):

«Defiende, en síntesis, la validez de las condiciones impuestas por la Administración que han sido objeto de anulación por la sentencia recurrida, por estar justificadas por una finalidad de protección del medio ambiente, permitiendo la normativa invocada, en el marco de la *discrecionalidad* que establece, *la imposición de límites y condiciones a la actividad de los ciudadanos para asegurar una utilización racional de los recursos que garantice un desarrollo sostenible*».

El planteamiento de partida del Tribunal Supremo no puede ser más claro, puesto que incluso reconociendo como relevantes «*los denominados derechos fundamentales de tercera generación, entre los que aparece como destacado el derecho al medio ambiente*» las consecuencias no son un apoderamiento universal, ya que «[resulta] erróneo el planteamiento de la Comunidad recurrente que pretende fundamentar las limitaciones o condicionantes, que ha anulado la Sala de instancia, *en una genérica defensa de protección del medio ambiente* así como en el ámbito de actuación discrecional de que, según expresa, goza la Administración actuante en este ámbito de actividades peligrosas como son las relativas al tratamiento de los residuos» (F. cuarto).

El Tribunal Supremo lo dice con mayor claridad algo más adelante:

«tan sintetizada evolución de la actividad administrativa en modo alguno permite que, en el marco del Estado de Derecho, se proceda a disciplinar legalmente el ejercicio de dichas facultades por parte de las distintas Administración públicas redu-

para resinas, en la síntesis de productos químicos para la agricultura como los insecticidas, de estabilizantes y de productos farmacéuticos.

106 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid núm. 561/2005, de 23 de junio, recurso contencioso-administrativo núm. 692/2000 (JUR 2005, 186447), ponente Ramón Verón Olarte.

ciendo los márgenes de discrecionalidad de las mismas y sometiéndolas a un estricto control jurisdiccional. Por ello, *para la protección del medio ambiente se les atribuyen a las Administraciones públicas poderes y se les habilitan potestades de muy distinta naturaleza jurídica, sobre todo potestades de ordenación y control de las actividades privadas susceptibles de dañar el citado medio ambiente. Mas ello no implica que se habilite a las Administraciones públicas con un margen de actuación discrecional con capacidad por imponer medidas –o condicionantes– en una autorización administrativa como las que, con corrección, han sido anuladas por la Sala de instancia».*

Es decir, que el principio de legalidad vincula también a la Administración cuando se trata de la defensa del medio ambiente, por lo que no existe una genérica posibilidad de imponer condicionantes a las autorizaciones administrativas por puros motivos de oportunidad o apreciación técnica, al margen de lo establecido en la normativa aplicable:

«Seguimos, en síntesis, en el modelo liberal de la autorización reglada encaminada a la comprobación del lícito ejercicio de sus derechos por parte de los ciudadanos, y, no, en modo alguno –como parece defender la Comunidad Autónoma recurrente–, en presencia de unas supuestas autorizaciones constitutivas y creadoras de situaciones jurídicas de corte discrecional. *No hay, pues, mas intervención administrativa, aun sea en defensa del medio ambiente, que la expresa y concretamente habilitada por la ley».*

