

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN EL PAÍS VASCO
(PRIMER SEMESTRE 2019)

IÑIGO LAZKANO BROTONS

Profesor colaborador

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibersitatea

Sumario: 1. Impugnación del Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai. 2. Falta de legitimación para impugnar los pliegos de condiciones del contrato del complejo medioambiental de Gipuzkoa. 3. Actividad de guardería canina y usos permitidos en suelo no urbanizable. 4. Planeamiento urbanístico, ruido y distancias entre establecimientos de hostelería. 5. Determinación de la cuantía de la sanción en materia de prevención y control integrado de la contaminación. 6. Impuesto sobre el valor de producción de energía eléctrica y principio quien contamina paga.

1. IMPUGNACIÓN DEL PLAN RECTOR DE USO Y GESTIÓN DE LA RESERVA DE LA BIOSFERA DE URDAIBAI.

Uno de los más relevantes conflictos ambientales que se han dado en el período que analizamos es el relativo a la aprobación del plan rector de uso y gestión (PRUG) de la reserva de la biosfera de Urdaibai. Urdaibai es un área objeto de protección singular por ley autonómica específica (Ley 5/1989) que reconoce su consideración como reserva de la Biosfera del programa MaB de la UNESCO. Dicha ley establece que la ordenación de las áreas de protección y del suelo no urbanizable de la reserva se hará a través de un PRUG, cuya elaboración, contenido y efectos difieren de los planes tradicionalmente así denominados en la normativa de espacios naturales protegidos y que han de dictarse en los parques naturales. El primer PRUG de Urdaibai fue dictado en 2003, siendo objeto de varias reformas (impugnadas judicialmente con éxito en varios casos). En 2016 el Gobierno Vasco aprobó por Decreto 139/2016, de 27 de septiembre, un nuevo PRUG para la reserva de la biosfera de Urdaibai, plan que fue objeto de una cierta contestación social y de varias impugnaciones judiciales. Ante tal situación el Parlamento Vasco, en mayo de 2018, ha exigido al Gobierno la elaboración de uno nuevo que tenga en cuenta las demandas de los agentes sociales y medioambientales. Sin embargo el TSJPV ha desestimado las impugnaciones presentadas, validando que se aprobara el PRUG sin previa evaluación ambiental estratégica.

La asociación Baskegur (asociación de la madera de Euskadi, cuyos socios son -entre otros- las asociaciones forestalistas de los tres territorios históricos) impugnó el Decreto 139/2016 por el que se aprobó el PRUG de la reserva de la biosfera de Urdaibai. La STSJ PV 388/2018, de 21 de septiembre (sala de lo

contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Alberdi Larizgotia), desestima la impugnación presentada, tras rechazar todos los argumentos alegados por la recurrente. Los argumentos principales de la resolución judicial son los siguientes:

a) En relación a la falta de informe preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (COJUA) en el procedimiento de elaboración del PRUG, la sentencia no considera necesario haber realizado ese trámite pues entiende que dicho plan, aunque tiene una naturaleza reglamentaria indiscutible, no es en puridad una disposición de carácter general que guarde, en relación con la Ley 5/198, el carácter de reglamento de desarrollo y ejecución. Como ocurre con los planes de ordenación territorial o urbanísticos, el PRUG no limita su función a completar la ley en aspectos accesorios, sino que goza de un amplísimo margen de apreciación en orden a la regulación de los usos, a la gestión y a la zonificación, sin más límite que el respeto a la finalidad legalmente expresada de proteger la integridad y potenciar la recuperación de la gea, flora, fauna, paisaje, aguas y atmósfera y, en definitiva, el conjunto de sus ecosistemas en razón de su interés natural, científico, educativo, cultural, recreativo y económico.

b) Se alega por los recurrentes la falta de mención, en la memoria económica, del coste que para los particulares propietarios de superficies forestales puede derivarse de la reducción de superficie para especies de crecimiento rápido. Sin embargo, el TSJPV considera que, aun cuando no conste en la memoria económica, la memoria justificativa del PRUG expresa las debidas consideraciones respecto de los efectos y consecuencias que en el sector pudiera tener dicha reducción, llegando a la conclusión de que las dotaciones presupuestarias habilitadas resultaban suficientes para atender las necesidades que se pudieran poner de manifiesto.

c) El debate jurídico más importante tratado en esta resolución versa sobre la exigencia o no de procedimiento de evaluación ambiental del propio PRUG. El punto de partida es problemático: el PRUG se comienza a tramitar por la administración autonómica considerando que ha de ser sometido a evaluación conjunta (así se llama a la evaluación estratégica en la legislación ambiental vasca) pero, como consecuencia de los cambios normativos operados por el

Decreto 211/2012, de 16 de octubre de evaluación de planes y programas en la CAPV y la propia Ley 21/2013 de evaluación ambiental, la administración reconsidera su postura y decide que este plan no se someta a dicho trámite evaluatorio. Los cambios normativos implicaban que el elemento determinante para someter a evaluación el PRUG no era ya si afectaba a suelo no urbanizable (algo que constituye uno de los contenidos esenciales de dicho PRUG), sino si el plan produciría “efectos significativos para el medio ambiente”. Y ello hace necesario reflexionar jurídicamente sobre el alcance de dicha expresión.

Uno de los supuestos en los que normativamente se considera que dichos efectos significativos para el medio ambiente se producen es cuando el plan constituyera el marco para la autorización de proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental. Ese factor concurre cuando se establecen criterios o condicionantes respecto de la ubicación, características o dimensiones de proyectos de futura autorización, algo que no sucede con el PRUG impugnado, según señala la sentencia. Por eso este motivo, por sí solo considerado, no puede justificar la necesidad de evaluación y ello se asume por el TSJPV.

Pero ese no es el único supuesto en el que la normativa establece la exigencia de evaluación obligatoria para planes y programas. La legislación estatal exige la obligatoriedad de la evaluación ambiental estratégica cuando los planes afecten a los espacios de la Red Natura 2000 (en los términos previstos por la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad) y en los casos en los que el órgano ambiental lo dedida caso por caso en su informe ambiental estratégico de acuerdo con los criterios del anexo V de la ley de evaluación, uno de los cuales es, precisamente, los efectos en áreas o paisajes con rango de protección reconocido en los ámbitos nacional, comunitario o internacional. El Decreto 211/2012 autonómico es mucho más claro. Entre los planes que implican la necesidad de sometimiento a evaluación ambiental estratégica, por inferirse efectos significativos sobre el medio ambiente, se incluyen los que puedan afectar directa o indirectamente de forma apreciable a un espacio de la red natura 2000 (requiriendo una evaluación conforme a la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en la misma línea de lo dispuesto en la normativa estatal) y los que afecten a espacios con algún régimen de protección

ambiental derivado de convenios internacionales o disposiciones normativas de carácter general dictadas en aplicación de la legislación básica sobre patrimonio natural y biodiversidad o de la legislación sobre conservación de la naturaleza de la CAPV. Hay que recordar que en la reserva de la biosfera nos encontramos con varias zonas incluidas en la red natura 2000 (cuatro ZEC y dos ZEPA), además de tratarse su marisma (la ría de Mundaka-Gernika) de un humedal de importancia internacional del Convenio de Ramsar. Su encaje en las previsiones del Decreto 211/2012 resultan claras y la exigencia de evaluación ambiental estratégica parecía, en principio, evidente desde el punto de vista normativo.

La sentencia del TSJPV, no obstante, basándose en una previa jurisprudencia del Tribunal Supremo, excluye de la necesidad de evaluación a los planes que, como el presente PRUG, tengan por finalidad la protección ambiental de un lugar o zona concretos. Aplica para ello las previsiones de la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad (a la que se han referido tanto la normativa estatal como la autonómica de evaluación de planes) que determina (en desarrollo de la Directiva de Hábitats) la exigencia de evaluación adecuada para todo plan que no tenga “relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma”. El PRUG de la reserva de Urdaibai no encajaría en ese concepto, al tener precisamente esa relación directa con la gestión del lugar. Para el TSJPV dicho PRUG “no es un plan que autorice usos o actividades socioeconómicas de posible implantación en el ámbito de la reserva, ni es un plan que contemple proyectos de tal naturaleza”.

Hasta aquí la argumentación del órgano judicial es impecable, pero suscita una duda. El PRUG también afecta a un humedal de importancia internacional, categoría jurídica de protección prevista legalmente y diferenciada de la red natura 2000 (aunque pueda solaparse territorialmente con áreas que fueran ZEC o ZEPA). En base a la pura literalidad de la normativa vasca ello sería suficiente para determinar la obligatoriedad de su evaluación estratégica. La solución dada por la sentencia del TSJPV supone una cierta aplicación analógica de la solución que se da normativamente para la red natura a la afeción a otros tipos de espacios de naturaleza diferente, aunque solapados

territorialmente. Si a ello se quería llegar en sede judicial hubiera sido razonable una argumentación justificativa al efecto, argumentación que en la sentencia brilla por su ausencia, más allá de esa referencia genérica a una sentencia del Tribunal Supremo dictada para un supuesto en el que no se daban estas mismas circunstancias y en la que no estaba en juego la aplicación de la normativa vasca sobre evaluación de planes y programas.

d) Tampoco el tribunal admite la infracción del principio de seguridad jurídica por no haber sido los planos del PRUG publicados en el boletín oficial del País Vasco. El primero de los artículos de dicho plan contiene, precisamente, el vínculo al visor cartográfico del boletín, lo que satisface la exigencia de publicidad de la cartografía del plan impugnado, aunque la misma no haya sido publicada en papel.

e) Igualmente se desestima la alegación que consideraba disconformes a derecho las previsiones del PRUG relativas a la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, al considerar que los deslindes habían caducado por no haberse publicado los mismos en el BOE. Esa exigencia existe, según afirma el TSJPV, desde la reforma del Reglamento de Costas por Real Decreto 876/2014 y los deslindes en la reserva de la biosfera de Urdaibai fueron aprobados por órdenes ministeriales anteriores a la entrada en vigor de dicha reforma.

f) Por último, respecto a la alegada vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad como consecuencia de la reducción de la superficie destinada a la plantación de especies de crecimiento rápido, la respuesta del TSJPV resulta clara y contundente. Aunque estos principios se establezcan en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, derivan originariamente de lo dispuesto en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, que contemplaba los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas. Por lo que se refiere al principio de necesidad el TSJPV entiende que la regulación impugnada potencia en mayor medida la recuperación de la flora y el paisaje. El PRUG comporta la reducción de superficie de plantación de especies de crecimiento rápido con el correlativo aumento de la superficie forestal total de la

reserva con especies arbóreas o arbustivas autóctonas y la previsión de compensaciones económicas a los titulares de explotaciones forestales existentes por la pérdida de rentabilidad financiera que le ocasiona el cambio de especies alóctonas a frondosas. En cuanto al principio de proporcionalidad, hay que tener en cuenta que el PRUG eleva la superficie de usos de aprovechamiento forestal del 65,08 (que contemplaba el plan anterior) al 70,77 por ciento. No puede considerarse entonces desproporcionada, dice la sentencia, la ordenación del PRUG impugnado en atención exclusivamente a la magnitud de la superficie de especies de crecimiento rápido que se reduce, habida cuenta de que se aumenta la superficie total de uso forestal de la reserva y, además, de que se contemplan expresamente compensaciones económicas para los titulares de explotaciones forestales que se vean afectados.

2. FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DEL CONTRATO DEL COMPLEJO MEDIOAMBIENTAL DE GIPUZKOA

Continuando con la cascada de recursos judiciales que ha provocado la implantación de la incineradora de Zubieta, la STSJ PV 3556/2018, de 12 de diciembre (sala de lo contencioso-administrativo, sección primera, ponente: Fernández Fernández), resuelve el recurso interpuesto por la mancomunidad de Tolosaldea contra la decisión del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa (TAFRC) por la que se inadmitió el recurso especial en materia de contratación interpuesto por aquella mancomunidad contra la aprobación de los pliegos de condiciones del contrato para el diseño, financiación, construcción, operación y mantenimiento del complejo medioambiental de Gipuzkoa (fase 1), por parte de la asamblea general del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa (de la que aquella mancomunidad forma parte). Para el TSJPV lo que pretende la recurrente es que se proclame su legitimación para interponer dicho recurso con el objeto de que se pudiera declarar posteriormente la nulidad de los pliegos de contratación aprobados, por su disconformidad con la normativa comunitaria y estatal en materia de contratos del sector público. Pero en este caso la mancomunidad, afirma la

sentencia, no actúa en defensa de su interés particular, sino en defensa de la legalidad general. La aprobación de los pliegos no han introducido ninguna modificación en la situación jurídica de la mancomunidad, limitándose a desarrollar unos acuerdos previos en materia de gestión de residuos de los que discrepa la mancomunidad (y respecto de los que hemos dado cuenta en anteriores crónicas). En la defensa del interés en la legalidad no puede haber pugna o contradicción entre los miembros del órgano colegiado de una administración pública, pues la legalidad es un valor indivisible cuyo acatamiento y defensa concierne por igual, indiferenciadamente, a todos los miembros de aquel órgano. La anulación de los pliegos de la contratación no comportaría, más allá del amparo de la legalidad controvertida, ninguna ventaja para la recurrente, ya que subsistiría la causa y objeto de la contratación, esto es, el sistema de gestión de residuos y el proyecto de infraestructuras aprobados por acuerdos anteriores del consorcio, difiriéndose su ejecución a la aprobación de otros pliegos. El recurso contencioso no puede tener como finalidad la defensa de la legalidad fuera de los supuestos de la acción pública, y no hay acción pública en defensa de la actuación de los poderes públicos conforme a la legislación de contratos de ese sector y, aún de haberla, su ejercicio no podría corresponder a la mancomunidad (o a cualquier órgano o miembro de esa administración pública), sin vulnerar la prohibición del art. 20.a LJCA. Tampoco las acciones públicas en materia de protección ambiental (art. 3.4 Ley 3/1998, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco) y de ordenación territorial, autorizan a los órganos de una administración pública a recurrir sus propios actos. Por todas esas razones se desestima la impugnación interpuesta, declarando conforme a derecho la resolución dictada por el TAFRC.

3. ACTIVIDAD DE GUARDERÍA CANINA Y USOS PERMITIDOS EN SUELO NO URBANIZABLE

Una interesante cuestión se aborda en la STSJ PV 3450/2018, de 31 de octubre (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Alberdi Larizgoitia). El ayuntamiento de Barakaldo concede licencia de legalización de actividad de guardería canina que se desarrolla en suelo no urbanizable,

decisión que es confirmada por sentencia de instancia de lo contencioso-administrativo recurrida en apelación. Son varios los aspectos de los que se ocupa la sentencia dictada por el TSJPV, resultando la mayor parte de ellos habituales en este tipo de recursos en materia de actividades clasificadas (actividades desarrolladas antes de la licencia de legalización, medidas correctoras, etc.). Pero el elemento central de la misma se refiere a si la actividad desarrollada es una actividad permisible en suelo no urbanizable, pues la legislación urbanística vasca solo permite en este tipo de suelos (salvo que se trate de núcleos rurales o de equipamientos y actividades declaradas de interés público) explotaciones de carácter agropecuario. Reconoce el TSJPV que, en principio, la actividad de guardería canina (que se halla registrada y autorizada como núcleo zoológico) no es propiamente una explotación agraria, aunque el concepto de lo agrario en la legislación abarque tanto lo agrícola como lo ganadero o forestal. Ello es así porque la actividad no se centra en el ganado, sino en animales que no tienen dicha consideración (son animales de compañía o domésticos). Aún cuando conceptualmente no quepa hablar de actividad pecuaria, se asimila más a ella que a ninguna otra, al tener como objeto la tenencia y cuidado de perros y gatos, que por la naturaleza de la actividad y las molestias que genera es impropia del suelo urbano, no ya residencial, sino también de otras clases de suelo y, en concreto, del uso terciario (*sic*). En consecuencia, el tribunal admite su implantación en suelo no urbanizable y exige que se cumpla el régimen de distancias establecidas entre explotaciones ganaderas (aunque aplica al caso concreto, por las circunstancias fácticas, el relativo a las explotaciones preexistentes). Al ser una licencia de legalización de la actividad clasificada no exige que se obtengan con carácter previo las autorizaciones sectoriales correspondientes (no lo precisa la ley vasca), si bien se indica que ejecutadas las obras, habrá de formularse comunicación previa adjuntando certificación técnica que acredite la corrección de sus instalaciones al proyecto presentado y que se han instaurado las medidas correctoras impuestas y el cumplimiento (ahora sí) de las condiciones exigidas por las diferentes normativas sectoriales de aplicación, disponiendo de las autorizaciones y puestas en servicio que aquéllas contemplan.

4. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO, RUIDO Y DISTANCIAS ENTRE ESTABLECIMIENTOS DE HOSTELERÍA

La Autoridad Vasca de la Competencia impugnó la modificación de la ordenanza del PGOU de Bilbao relativa a la zona del ensanche, en la que se establecían restricciones y distancias mínimas para la apertura de establecimientos de hostelería, de alimentación en autoservicio, y de juego y recreativos. La STSJPV 320/2019, de 25 de enero (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Rodrigo Landazabal), basándose en lo fundamental en la jurisprudencia precedente de ese mismo tribunal en relación a análogas restricciones que se pretendieron establecer en la zona del casco viejo, declara nulas las previsiones del régimen de distancias entre establecimientos de juego y recreativos y entre establecimientos de alimentación en régimen de autoservicio. La justificación de estas restricciones se entiende exclusivamente económica y, por lo tanto, contraria a los objetivos de la directiva de servicios. Pero sí resulta conforme a derecho el régimen de distancias mínimas establecido entre establecimientos hosteleros. En este caso existe justificación imperiosa de interés general (basada en el supuesto específico de protección del medio ambiente y del entorno urbano) y la decisión es no discriminatoria y proporcionada. No puede desconocerse la incidencia que en el uso residencial tiene una excesiva concentración del uso hostelería, que puede ser fuente de emisión de ruidos, de tráfico nocturno, etc., afectando a la calidad de vida de los residentes. Utilizar como modelos de referencia, como hace la Autoridad Vasca de la Competencia, ciudades como París o Roma, no se sustenta más que en una apreciación meramente subjetiva de parte, sin que pueda negarse a cada ciudad definir su propio modelo urbano de convivencia (y en este caso se opta por mantener el uso residencial en los centros urbanos como uso predominante, y no solo usos terciarios, lo que resulta proporcionado y conforme a derecho).

5. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA SANCIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y CONTROL INTEGRADO DE LA CONTAMINACIÓN

En la STSJPV 2566/2018, de 11 de julio (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Ruiz Ruiz), el órgano judicial rebaja (de 80001 a 20001 euros) la cuantía de una sanción administrativa impuesta por el órgano competente del Gobierno Vasco a una entidad mancomunada de municipios para la recogida, transporte, tratamiento y eliminación de basuras y residuos. La clave del asunto es que se utilizó como criterio de graduación de la sanción un elemento (el beneficio obtenido por la comisión de la infracción) que la ley ya incorporaba implícitamente en la definición del tipo aplicable (el incumplimiento de las condiciones establecidas en la autorización ambiental integrada). Obviamente, el beneficio derivaba del no gasto que suponía no materializar una de las condiciones exigidas por la citada autorización (en concreto, en relación con la exigencia de la adecuación del vaso y la ejecución de la impermeabilización del vertedero), pero ello resultaba ser una derivación implícita necesaria del elemento relevante del tipo infractor. Además, el TSJPV considera otros dos factores en su opción por minorizar la cuantía de la sanción: la naturaleza de la recurrente (entidad local, lo que hace singular la aplicación del elemento referido al beneficio) y la existencia de precedentes judiciales similares por incumplimiento análogos en la aplicación de este tipo infractor.

6. IMPUESTO SOBRE EL VALOR DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y PRINCIPIO QUIEN CONTAMINA PAGA

Una entidad mercantil solicita a la Hacienda Foral de Gipuzkoa la devolución de las cuotas ingresadas en el ejercicio de 2015 en concepto de Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica (IVPEE). El Tribunal Económico Administrativo Foral desestima la reclamación y esta decisión es objeto de recurso contencioso-administrativo. Hay que tener en cuenta que el IVPEE se halla regulado en una ley estatal, sin que exista norma foral de adaptación, siendo una figura impositiva concertada de normativa común, tanto en lo sustantivo como en lo formal. La STSJPV 3649/2018, de 10 de diciembre (sala de lo contencioso-administrativo, sección primera, ponente: Murgoitio Estefanía), va a rechazar el recurso desmontando todos los argumentos de la recurrente, la mayor parte de los cuales no tienen que ver en modo alguno con

la temática ambiental (infracción de las directivas comunitarias sobre impuestos especiales y sobre fomento del uso de las energías procedentes de las fuentes renovables, vulneración de los principios de libertad de establecimiento y de circulación de mercancías, infracción de los reglamentos comunitarios relativos al peaje destinado al coste de las inversiones en redes, consideración del impuesto como ayuda ilegal de Estado). Pero sí hay una referencia importante, al menos desde el punto de vista interpretativo, al principio ambiental “quien contamina paga” (previsto en el art. 191.2 TFUE). La recurrente había considerado que este principio se vulneraba, pues el IVPEE no cumpliría con las exigencias precisas impuestas por el TJUE para satisfacer esa finalidad medioambiental, al gravar por igual a todos los productores y al no quedar la recaudación directamente afecta a la reparación del medioambiente. Para el TSJPV el art. 191.2 TFUE “no crea ningún derecho o facultad de los ciudadanos comunitarios que pueda ser directamente invocado con ocasión de una ley fiscal ante los tribunales internos, sino que sienta distintos principios políticos rectores y directrices generales de esa política medioambiental que los Estados aplicarán en función de los futuros elementos concretos de armonización que vayan implementándose -siempre con posibles excepciones-, y no son las interpretaciones de mero carácter deductivo, -además de problemáticas, cuando la propia norma interna pretende hacer valer dicho principio-, las que pueden ser opuestas frente a ella”.