

**JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN ASTURIAS
(PRIMER SEMESTRE 2018)**

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

Sumario: 1. Sobre el potencial probatorio de imágenes y datos satelitales en el Derecho ambiental. 2. El carácter autónomo (y no comercial) de la cremación de cadáveres. 3. A vueltas con las duplicidades y las autorizaciones concurrentes. 4. El debut del PESC en los tribunales.

1. SOBRE EL POTENCIAL PROBATORIO DE IMÁGENES Y DATOS SATELITALES EN EL DERECHO AMBIENTAL

En la sociedad de la información en que vivimos, el valor probatorio de las pruebas tecnológicas es una cuestión que se manifiesta cada vez con más frecuencia, en todos los órdenes jurisdiccionales y dándose por supuesto al mismo nivel global que caracteriza las propias TIC¹. El Derecho Ambiental es además uno de los ámbitos donde este tipo de pruebas puede tener mayor aplicación; y es que no puede obviarse que la mayor parte de ilícitos ambientales genera un impacto visible y almacenable en bases de datos de monitorización del entorno².

Uno de los primeros supuestos que suele mencionarse por parte de la doctrina que ha analizado la cuestión se dio precisamente ante nuestro orden contencioso-administrativo, en la STS de 30 de mayo de 2012 (recurso 6539/2008), que validó como prueba unos informes de teledetección emitidos a partir de las fotografías obtenidas por el satélite Landsat y que favorecían las pretensiones de los demandantes frente la Administración hidrológica en relación al aprovechamiento de aguas subterráneas³.

Desde la perspectiva de lo contencioso-administrativo, la cuestión se suele discutir con entidad propia en los casos en que quien pretende servirse de este tipo de pruebas tecnológicas es el particular, pues la Administración dispone a su favor de la presunción de veracidad consagrada por el viejo artículo 137.3 de la Ley 30/1992 y hoy en el 77.5 de la Ley 39/2015, que puede entenderse que se contagia a todo lo que haya sido integrado en el acta de inspección.

¹ Williams, S.M., “La información satelital como prueba en litigios nacionales e internacionales”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, 69 (1), 2009, pp. 153-163.

² Macrory, R. y Purdy, R., “The use of satellite images as evidence in environmental actions in Great Britain”, *Droit Et Ville*, núm. 51, 2001, pp. 72-88.

³ Godio, L.M.A., “Las imágenes y datos satelitales como medios de prueba en procesos administrativos y judiciales locales. Algunos debates sobre su admisibilidad y autonomía”, *En letra*, núm. 2, 2014, pp. 181-195. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/en-letra/article/viewFile/29210/26356>.

Pero la tecnología es también una poderosa aliada de la Administración en los casos en que es necesario reconstruir el marco fáctico sin suficientes antecedentes, tal y como demuestra la STSJA 881/2017, de 6 de noviembre de 2017 (recurso 1069/2016), que además es la primera en que el TSJ asturiano trata directamente el valor de la información obtenida a través de *Google Earth* en el marco ambiental.

El caso se plantea respecto a un cierre de chapa galvanizada con portón metálico en zona de policía del dominio público hidráulico⁴. El titular había solicitado en julio de 2014 al organismo de cuenca autorización para recubrir un vallado en chapa metálica desmontable en dicha zona de policía; del procedimiento se le tuvo por desistido en noviembre del mismo año, al no haber presentado, en el plazo concedido, la documentación requerida. En enero de 2015, la Confederación Hidrográfica del Norte acuerda la incoación de expediente sancionador, como consecuencia de la denuncia formulada por la Guardería Fluvial del organismo, por "la construcción de cierre de chapa galvanizada (...), sin contar con la preceptiva autorización administrativa". En abril de 2015, el interesado solicitó del organismo de cuenca la autorización para la legalización del cierre, iniciándose un expediente distinto.

En junio de 2015 la Confederación Hidrográfica dictó resolución en el expediente sancionador, imponiendo al titular del cierre una multa de 500 euros, advirtiéndole que la legalización pendía del otro expediente y significándole que, en caso de no resultar legalizable, habría de reponer las cosas a su primitivo estado en el plazo de quince días contados a partir de la notificación de la resolución denegatoria, y que en caso de no cumplir lo ordenado se procederá a la imposición de multas coercitivas. La legalización fue finalmente denegada de forma expresa en el mes de octubre, y frente a ella se interpuso recurso de reposición en primer momento, y jurisdiccional después.

⁴ Se vuelve a dar aquí una implicación crucial de la Administración hídrica, que ya había subrayado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2012 comentada en el texto.

Las alegaciones de la parte recurrente como fundamento de su pretensión impugnatoria se centran en que en realidad no se habían realizado obras nuevas, sino solo de mantenimiento y conservación, vinculadas a razones de salubridad y protección, y que no se había alterado el carácter desmontable de la instalación previa. Había realizado, según su presentación de los hechos, un mero recubrimiento de la valla históricamente existente, según funda en lo obrante en el expediente administrativo y demás documentación aportada, entre la que figuraban distintos informes municipales donde podía comprobarse que la nueva chapa se emplaza donde el vallado del solar siempre había existido.

Planteada la controversia jurisdiccional en tales términos, y analizada la información obrante en el expediente administrativo del organismo de cuenca, el Tribunal valida la prueba testifical-pericial del Agente Medioambiental, de suerte que se entiende que

los postes de madera que sirven de apoyo a las chapas metálicas colocadas, tienen apariencia de haber sido colocados recientemente junto con en el nuevo cierre de chapa, no apreciándose indicio alguno de que las mismas estuvieran con anterioridad (...) según capturas de pantalla del visor Street View de Google Earth realizadas antes de la ejecución del cierre de chapa, se observa perfectamente el estado anterior a las obras denunciadas, donde se aprecian únicamente unas acumulaciones de maderas en el tramo ahora cerrado y resaltado hacia el cauce, no existiendo ningún indicio de cierre, tampoco las fotografías aportadas por el denunciado se aprecia en ningún momento indicio alguno que indicara que con anterioridad a las obras realizadas existiese ningún cierre en el tramo de retranqueo hacia el cauce (...) se trata de una obra nueva de un cierre que no había, por lo que en ningún caso puede estimarse que estemos en presencia de obras de

mantenimiento o conservación sino que por el contrario se trata de una obra de construcción de un elemento nuevo⁵.

Y por tanto, desestima el recurso interpuesto, con la imposición de costas hasta el límite de 300 euros. Como se aprecia, los datos de la aplicación informática del gigante de las TIC se consideran aquí suficientes para acreditar la no existencia de una instalación con carácter previo a las obras realizadas entre 2014 y 2015. En este caso concreto parece que el recurrente fue incapaz de aportar otras pruebas que avalasen su postura, a pesar de la existencia de informes municipales en cuyo contenido la sentencia no profundiza; al tiempo que su versión de los hechos resulta congruente con la solicitud inicial para una autorización de sustitución de material, de la que sin embargo desistió. Surge la duda de si no se estará infringiendo un castigo excesivo por la propia torpeza en tal desistimiento.

De haber aportado otros elementos contradictorios se podría haber planteado una disquisición harto interesante sobre el valor probatorio efectivo y comparado de la información satelital que gestionan algunas multinacionales privadas. La cuestión trasciende del caso concreto, e incluso de la propia dimensión procesal, y conecta con el debate sobre la neutralidad de la tecnología y el impacto de ciertas empresas y del mercado en la construcción del Derecho.

2. EL CARÁCTER AUTÓNOMO (Y NO COMERCIAL) DE LA CREMACIÓN DE CADAVERES

La cremación está expresamente reconocida en el anexo IV de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera como potencialmente contaminadora, por lo que no puede entenderse como una simple actividad comercial y tampoco como una actividad complementaria de la de tanatorio o velatorio, ya deba esta última ser calificada como equipamiento administrativo y social o como equipamiento privado. Esta es la conclusión clara del TSJA en su sentencia 997/2017, de 4 de diciembre (recurso de apelación 276/2017).

⁵ Fundamento de Derecho segundo, el subrayado es mío.

El caso tiene su origen en una licencia municipal de obras y de instalación para horno crematorio en edificio destinado a tanatorio, frente a la que la Coordinadora Ecoloxista d'Asturies presentó recurso de reposición, que al ser desestimado dio paso a la acción judicial (procedimiento ordinario 303/2015). En la instancia, el Juzgado atendió las pretensiones de la recurrente, declarando nulos de pleno derecho los actos impugnados, y frente a esa sentencia, de 5 de julio de 2017, se procede en apelación por parte de una sociedad funeraria, siendo parte apelada la Coordinadora ecologista y el Ayuntamiento.

El recurso de apelación ante el TSJA (276/2017) es en buena parte reiterativo de lo vertido en la instancia, y sustancialmente aduce que el crematorio es un equipamiento público que debe entenderse complementario del tanatorio o, en su caso, como equipamiento privado de relaciones urbanas de carácter social, susceptible de implantarse en suelo urbano con tipología comercial como era el caso. También se incorpora un interesante debate con “consideraciones más académicas que prácticas” sobre la doctrina de los actos propios, cuestión sin embargo que es zanjada de plano por el Tribunal, dado que aunque se encontraba entre los motivos impugnatorios que analizó la sentencia de instancia, no se consideró como *ratio decidendi*⁶.

Sobre la cremación⁷, la sentencia confirma que el uso de suelo e instalaciones para la actividad de tanatorio es distinto y autónomo del propio de crematorio, precisamente por su distinta incidencia medioambiental:

Una cosa es que tanatorio y crematorio pueden (*sic*) ser servicios conjuntos y otra muy distinta que la autorización de una actividad comporte necesariamente la autorización de la siguiente, pues son distintas fases de la actividad fúnebre; en efecto, distinta es su naturaleza, pues el tanatorio está orientado a velar el cadáver sin incidencia sobre salubridad, medioambiente y sin labores de combustión, mientras que el crematorio es una instalación

⁶ Fundamento de Derecho segundo.

⁷ En la doctrina resultan de cita inexcusable los trabajos del profesor Tolivar Alas en la materia, temática revisada y actualizada en su reciente monografía *Los poderes públicos y el fuego: una aproximación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, en particular en las pp. 173-208.

encaminada a operar sobre el cadáver con incidencia sensible en medioambiente y salubridad. De ahí que nada impide que existan actividades conexas, unas inocuas y las siguientes nocivas, o como es el caso, dos actividades sujetas a la reglamentación de actividades clasificadas pero con distinta calificación y medidas de tutela pública asociadas. Lo que no cabe es presumir una suerte de autorización del crematorio por derivación de la preexistente de tanatorio, y ello porque distinto es el riesgo, impacto y trámites para cada una de las actividades. El que todos los hornos crematorios estén en tanatorios no quiere decir que todos los tanatorios tengan crematorios, ni que todos deban tenerlos, ni que la autorización de unos englobe la de los otros⁸.

El Tribunal entiende igualmente que la actividad de crematorio desborda los usos comerciales, tanto “desde la perspectiva de la notoriedad y de lo que percibe el común de los ciudadanos” como desde un punto de vista urbanístico. Así, aun siendo cierto que en este caso concreto el PGOU no enumera los usos compatibles con el suelo comercial a través de un sistema de *numerus clausus*,

ese *numerus apertus* se refiere exclusivamente a incluir otras actividades no mencionadas pero con encaje bajo la técnica de la analogía del art.4.1 del Código Civil respecto de las que son enumeradas, lo que no es el caso del crematorio donde no hay tal semejanza de la actividad de crematorio con los usos comerciales referidos⁹.

El TSJA recuerda también, con cita en la jurisprudencia del TS, que no puede aceptarse una interpretación extensiva de los supuestos de autorización de actividades potencialmente molestas o insalubres. En particular, señala, la actividad de crematorio se distancia de la de mero tanatorio cuando aquel uso se califica por la Consejería de Medio Ambiente como actividad molesta (por ruido y vibraciones) e insalubre (por enfermedades infecto-contagiosas,

⁸ Fundamento de Derecho tercero.

⁹ Que eran “fundamentalmente” los siguientes: 1) artesanía; 2) pequeña industria urbana y almacenaje comercial; 3) usos hoteleros, hosteleros y recreativos.

emisiones a la atmósfera y vertido de aguas residuales). Ciertamente, parece fuera de toda discusión que, aun recayendo ambas actividades en el marco del viejo RAMINP, los motivos que concretan su condición contaminante son muy distintos.

El Tribunal termina señalando que la logomaquia, sobre si el tanatorio es equipamiento privado o no, nada añade o determina sobre la fuerza del planeamiento para excluir la actividad de crematorio del ámbito de las actividades comerciales de impacto menor que ampara el PGOU. De hecho, recuerda, la jurisprudencia territorial (y se cita Valencia, Castilla-León o Andalucía) ha llevado a vincular uso industrial a la actividad de tanatorio y crematorio¹⁰.

Por todo lo anterior concluye confirmando los “atinados razonamientos” de la sentencia de instancia y desestimando íntegramente el recurso de apelación, con imposición de cosa limitadas a 1000 euros.

3. A VUELTAS CON LAS DUPLICIDADES Y LAS AUTORIZACIONES CONCURRENTES

Se comentan a continuación dos fallos que ejemplifican los tortuosos caminos que en ocasiones recorren los ciudadanos que pretenden acceder al desempeño de una actividad con impacto ambiental, y la confusión que muchas veces se les genera para identificar responsabilidades cuando aparece una traba en el camino. Pero la confusión no solo surge en el administrado, sino que pueden ser también las propias Administraciones implicadas las que lleguen a no discernir con claridad el título al que debe responder su actuación.

Tal es el caso que resolvió la STSJA 920/2017, de 20 de noviembre, dictada en recurso de apelación (261/2017) frente a la sentencia de 31 de julio del mismo año del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 6 de los de Oviedo, que había desestimado un recurso (procedimiento ordinario 204/16) contra la resolución del Ayuntamiento de Llanes, de 26 de agosto de 2016, denegatoria

¹⁰ Fundamento de Derecho tercero.

de licencia de apertura para un establecimiento de temporada en la playa de Gulpiyuri, declarada Monumento Natural desde el año 2001¹¹.

El particular recurrente y demandante contaba con una autorización autonómica para la instalación del chiringuito en las proximidades del Monumento, dentro de la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre¹², pero en cambio no pudo obtener la licencia municipal. Hasta aquí nada es especialmente reseñable. Lo curioso del caso, y lo que en último caso lleva a la estimación parcial del recurso, es que la denegación de la autorización municipal se motivó en el incumplimiento “de las normas de directa aplicación referidas a la adecuación del entorno”, razonamiento de carácter ambiental que no le correspondía al Ayuntamiento, pues los aspectos medioambientales ya habían sido supervisados por la Administración competente encargada de velar por la preservación del espacio protegido¹³.

Para la Juzgadora de instancia, en línea con la resolución municipal recurrida, como el municipio ejerce competencia en materia de disciplina urbanística, controlando la legalidad y el sometimiento a derecho de licencias y autorizaciones de los actos de los particulares, resultaba justificado que el Ayuntamiento declarase la no conformidad de la actuación solicitada con la normativa urbanística de aplicación, en concreto con el artículo 109 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril (TROTU)¹⁴. Y es que, en el caso de autos, la apertura solicitada se localizaba en un ámbito de paisaje abierto y natural de

¹¹ Decreto 139/2001, de 5 de diciembre, por el que se declara Monumento Natural la playa de Gulpiyuri (Llanes).

¹² Nada se menciona en la sentencia sobre la autorización por parte del servicio de costas, que se ha de entender por tanto incontrovertida. Como se verá a la luz del caso, el conflicto podría haber sido incluso mayor, de haber implicado a este otro nivel de Administración y sus competencias.

¹³ La resolución del Director General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, de fecha 8 de julio de 2016, había declarado que la ubicación propuesta era respetuosa con el monumento natural.

¹⁴ Que dispone que: con independencia de la aplicación de la legislación relativa al patrimonio cultural, en los lugares de paisaje abierto y natural de especial interés, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos o núcleos rurales que posean características histórico-artísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, volumen, altura de los edificios, muros y cierres y la instalación de otros elementos rompan la armonía del paisaje, desfiguren la perspectiva del mismo o limiten o impidan la contemplación del conjunto.

especial interés, y suponía una instalación prefabricada que a juicio municipal rompería la armonía del paisaje y desfiguraría la perspectiva del mismo.

Frente a ello, el TSJA entiende que, sin estar cuestionada la necesidad de la autorización municipal tras haber obtenido la autonómica, el Ayuntamiento debe ceñirse a su propio ámbito competencial, que no puede interferir ni solaparse con el que viene atribuido a los distintos órganos de la Administración autonómica, si como es el caso ya han intervenido dando su aprobación a una instalación al estimar que la ubicación propuesta es respetuosa con el Monumento Natural declarado.

Señala expresamente el Tribunal que

otras podrían ser las razones que fundamentasen la denegación, como la ausencia de las condiciones previstas en el artículo 22.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de tranquilidad, seguridad y salubridad, y las que, en su caso, estuvieren dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados, pero nunca por aspectos ya contemplados en la autorización sectorial autonómica recaída, sobre la base de informes técnicos que son prevalentes respecto a los emitidos sobre la misma cuestión por los servicios técnicos municipales¹⁵.

En este primer punto, como ya se ha anticipado, el recurso prospera. Pero a la pretensión principal analizada, la parte actora, aquí apelante, había añadido otra complementaria por responsabilidad patrimonial de la Administración, que no se acoge por defectos técnicos en su presentación¹⁶. De esta manera se estima en parte el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia y dejándola sin efecto, declarando en su lugar no ser conforme a derecho la resolución del Ayuntamiento de Llanes, de fecha 26 de agosto de 2016, por cuanto procede conceder a la parte recurrente la licencia de apertura que tenía

¹⁵ Fundamento de Derecho segundo.

¹⁶ Pues en la demanda no se hace referencia o describen los supuestos daños ni en modo alguno se acreditan (Fundamento de Derecho tercero).

solicitada y por el periodo a que aquella se refería, denegando el pedimento referido a las consecuencias patrimoniales¹⁷.

Sobre responsabilidad patrimonial trata precisamente el segundo de los asuntos que se traen a colación en esta crónica, resuelto en la STSJA 1081/2017, de 29 de noviembre (recurso 845/2015).

Los daños y perjuicios reclamados, primero en vía administrativa y ante el silencio tanto de la Administración autonómica como municipal, después en vía contencioso-administrativ, derivan del retraso en la tramitación de un Plan Especial para la implantación de una piscifactoría, lo que hizo imposible justificar una subvención que se había recibido. Se argumenta por la parte actora que ha habido inacción municipal, reforzada por la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio (CUOTA), con insistencia reiterada e injustificada a su parecer en la determinación de unas hipotéticas afecciones en un espacio protegido (LIC Río Nalón). Por ello se demanda a ambas Administraciones¹⁸, además de al arquitecto municipal, siendo codemandada también su aseguradora¹⁹.

En aras a probar el presunto empecinamiento de las Administraciones en la determinación de la afección al espacio natural protegido, la parte actora invoca la existencia de un informe de julio de 2011 del Servicio de Medio Natural del Principado que declaraba la actividad proyectada compatible con el LIC, por lo que no se entiende que siguieran existiendo dudas, que no serían disipadas hasta la emisión de un segundo informe autonómico, en mayo de 2012. Estamos aquí ante un fenómeno habitual, el del enrevesado íter de algunos procedimientos que parecen entrar en bucle, lo que resulta ciertamente incomprensible en muchas ocasiones para el ciudadano, pero que el Tribunal aclara a partir de una lectura sistemática del expediente.

¹⁷ Sin hacer expresa imposición de costas procesales en ninguna de las dos instancias.

¹⁸ La intervención de la Administración autonómica para asumir la propuesta era necesaria por tratarse de un Plan Especial que no desarrolla el planeamiento general (art. 79.2 del TROTU), pero además era también necesaria una intervención previa conforme al PGOU, por pretenderse la implantación de la piscifactoría en suelo no urbanizable de especial protección de vega.

¹⁹ Contra la persona del arquitecto municipal la parte actora había procedido ya en vía penal ante el presunto entorpecimiento en la tramitación del expediente. En el momento de resolverse los hechos en vía contenciosa, el Juzgado de Instrucción había dictado Auto de sobreseimiento provisional, entendiendo que “no existió tal retraso ni paralización alguna, y que, por el contrario, la actuación del denunciado resultó correcta y ajustada a los preceptos legales y reglamentarios”.

En efecto, a la luz de esta interpretación acaba resultando que el primer informe autonómico (julio de 2011) se emitió sólo respecto a la pesca fluvial, en el marco de la Ley del Principado de Asturias 6/2002, de 18 de junio, sobre protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca en aguas continentales. Cuando tras ese informe favorable el expediente se remitió a la CUOTA, en diciembre de 2011, esta remarcó que era necesario un nuevo informe del Servicio de Medio Natural para descartar que la instalación tuviera la consideración de uso incompatible o prohibido por su gado de afección a LIC, dado que el PGOU considera prohibidas las actividades de acuicultura en los espacios naturales protegidos. Tras recibir esta resolución de la CUOTA, se emitió nuevo informe municipal y se remitió el expediente al Servicio de Restauración y Evaluación Ambiental del Principado de Asturias, que era el considerado competente. El nuevo informe, emitido en último término por el Servicio de Espacios y Especies Protegidas como encargado de gestionar y evaluar las afecciones a espacios de la Red Natura 2000, concluiría en abril de 2012 que las instalaciones proyectadas no afectaban a la integridad del LIC, lo que no estaba expresamente informado por la Administración autonómica hasta entonces. Asegurada la viabilidad general del proyecto y con la presentación en distintos momentos de varios proyectos modificados y de documentación complementaria para subsanar defectos concretos y distintos errores, algunos puestos de manifiesto por la CUOTA, el Plan Especial fue aprobado de forma inicial en agosto de 2012 y de manera definitiva en mayo de 2013. Tras esta lectura de los hechos, el TSJA rechaza que haya existido inacción administrativa y que la pérdida de la subvención sea imputable al proceder del Ayuntamiento o de la CUOTA, desestimando el recurso.

Por un lado, parece tarea compleja compaginar esta realidad práctica con las ideas de funcionamiento ágil, eficaz y de buena Administración que se propugnan desde el derecho positivo y la academia. Por otro, no obstante, el hecho de que los promotores de la instalación no cumplimentaran sus trámites con la mayor diligencia ha pesado sobremanera en la decisión de la Sala. Esta imputa al interesado parte del retraso en la tramitación, sobre todo desde abril de 2012 (fecha de emisión del segundo informe autonómico) en adelante, por la aportación de sucesivos modificados y documentación complementaria.

Ciertamente, teniendo en cuenta que la subvención se obtuvo en diciembre de 2012, que la parte recurrente solicitó en septiembre de 2013 prórroga del plazo para ejecutar la inversión, y que finalmente la denegación de esa ampliación, en diciembre de 2013, se fundamentó en la no constitución de un aval, de lo que no puede responsabilizarse a la Administración, no parece que el caso hubiera podido resolverse en otro sentido.

4. EL DEBUT DEL PESC EN LOS TRIBUNALES

La crónica asturiana de Derecho y políticas ambientales publicada hace un año daba cuenta de la aprobación y de las principales novedades del Plan Territorial Especial del Suelo no Urbanizable de Costas (PESC)²⁰, y ahora procede analizar las primeras sentencias que han resuelto su judicialización. Se trata de las SSTSJA 156/2018 y 157/2018, ambas de 28 de febrero, que resuelven sendos recursos (64/2017 y 61/2017, respectivamente) por la inclusión de determinadas parcelas en el suelo no urbanizable de costas por parte del PESC.

En ambos casos los interesados habían solicitado en trámite de alegaciones la exclusión de sus fincas del ámbito de suelo no urbanizable de costas para su incorporación a la delimitación de un núcleo rural, por entender que las fincas debían considerarse insertadas en la malla del mismo. Los motivos y perspectivas impugnatorias eran varios:

A) Se adujo la arbitrariedad y la discriminación con infracción del principio de igualdad de trato en la delimitación del SNU de costas por el PESC, por no tener en cuenta la particularidad de los núcleos rurales: asentamientos consolidados de población en suelo no urbanizable que por contar con determinados servicios propios de malla urbana merecen la asignación de las posibilidades edificatorias propias de núcleos rurales.

B) Se insistió en la potestad del *ius variandi* propia de todo planeamiento para revisar las realidades territoriales y clasificarlas según sus condiciones reales y la efectiva inserción en la malla poblacional. Se rechazó que el PESC pueda limitar la potestad planificadora municipal, considerando que debía permitirse

²⁰ “Derecho y políticas ambientales en Asturias (primer semestre 2017)” en esta revista, vol. VIII, núm. 1.

que sean los planeamientos municipales los que ajusten su clasificación a la realidad del suelo.

C) Se añadió que los terrenos litigiosos están en situación de urbanizados, por lo que se impondría la fuerza normativa de lo fáctico, que obligaría a reconsiderar la consolidación de las unidades poblacionales insertadas dentro de las delimitaciones del núcleo. Se adujo la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE como límite al *ius variandi* para combatir la congelación de criterios urbanísticos y como antídoto frente a las limitaciones singulares que suponen las determinaciones del PESC sobre las parcelas de los demandantes.

D) Se adujo asimismo la conculcación del principio de igualdad de trato ya que se excluyen del SNU de costas del PESC, unidades de vivienda que no guardan relación funcional con el núcleo del que sirven, incluso a distancia menor de la ribera del mar que las de los demandantes y con menor dependencia funcional y territorial del núcleo rural. Para reivindicar la naturaleza fáctica de la definición de núcleo rural se trajo a colación el art. 21 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Regeneración Urbana, y se esgrimió jurisprudencia sobre la apreciación de la situación de urbanizado, que es cuestión fáctica no sujeta a discrecionalidad apreciativa de la Administración urbanística actuante.

La Administración del Principado, en contestación a la demanda, argumentó que la delimitación de los suelos en esa zona de la región mantiene la clasificación del PGO de 1983, inspirada en garantizar y preservar esa zona de la costa para disfrute de toda la ciudadanía, ya que es la única línea costera municipal que impone actuación de regeneración de la misma. Se adujo asimismo que la pretensión de los demandantes quebraría el criterio del POLA que impone como límite objetivo y genérico la distancia de 500 metros al borde del litoral. Se añadió que la existencia de elementos propios de la malla urbana responde a actuaciones aisladas y circunstanciales para servir a las viviendas preexistentes. pero no para crear una malla urbana que ampare nuevas edificaciones. Se insistió en las competencias autonómicas, y que su ejercicio al aprobar el PESC es una potestad motivada y anclada en la concepción de la costa en esa zona concreta como área de expansión y de usos recreativos para todos los ciudadanos. En conclusiones, se insistió tanto sobre la fuerza

legal de la limitación edificatoria como sobre el carácter restrictivo de la figura del núcleo rural según criterio reiterado de la Sala asturiana.

El Tribunal comienza clarificando los términos y confines de la cuestión litigiosa, precisando que la actuación impugnada consiste en un acuerdo normativo autonómico, esto es, el acuerdo de aprobación definitiva del PESC y la pretensión ejercitada es la declaración de nulidad de la delimitación del SNU de costas para el área concreta que afecta, en particular a las fincas de los recurrentes, añadiendo la pretensión de reconocimiento del derecho a su inclusión en SNU de ocupación residencial definido por un núcleo rural de la zona. En este sentido, recuerda que una cosa es la potestad de planificación territorial referida al SNU de costas (PESC) inspirada en la sostenibilidad y tutela ambiental y paisajística y reservada a la Comunidad Autónoma, y otra muy distinta la potestad de planificación urbanística local que en lo que aquí interesa se limita en el SNU a la delimitación del Núcleo Rural bajo los principios y criterios generales fijados por el art. 146 del ROTU en que se encomienda al Plan General de Ordenación Urbana "la ordenación urbanística de los núcleos rurales, delimitando su perímetro (...y...) concretará los requisitos necesarios para que una agrupación poblacional pueda ser calificada como núcleo rural". La potestad de ordenación territorial prevalece y se impone a la potestad urbanística local relativa a la delimitación de núcleos rurales, y lógicamente se establece sin pretensiones de retroactividad y pro futuro, de manera que se salvaguarda la tutela del principio de confianza legítima y posibles derechos adquiridos mediante el respeto a los núcleos rurales previamente delimitados y que se benefician de la firmeza propia de actos firmes o de sentencias con fuerza de cosa juzgada. Así las cosas,

los particulares o titulares de terrenos podían haber reclamado ante el Ayuntamiento o en vía judicial para obtener su inclusión en los núcleos rurales, al tiempo de su delimitación (...), o con ocasión de las revisiones de planeamiento municipal que los modifiquen (...) pero lo que no cabe, tanto si se intentó infructuosamente ese cauce como si se optó por la pasividad impugnatoria, es aspirar a la revisión de tal delimitación preexistente y consentida, con ocasión de la impugnación del Plan Territorial (PESC) para así beneficiarse de

una excepción a la limitación de la franja litoral de 500 metros y lo que es más grave, para sortear una norma que está inspirada en valores autónomos que prevalecen sobre los que inspiran la delimitación de núcleo rural²¹.

La afirmación difícilmente puede ser más clara o rotunda. El Tribunal analiza asimismo la distinta razón de ser del SNU de costas y del SNU de núcleo rural, que la normativa rodea de máximas cautelas; concluye que el ostentar de facto las condiciones de urbanización para integrarse en la malla del núcleo rural no alcanza, se prueben o no, a superar la segunda barrera normativa, que viene dada por la limitación impuesta por la normativa sectorial del PESC, ni puede conducir a la obtención de un estatus singular de dispensa o exención de una regla general sobrevenida e imperativa relativa a las distancias de 500 metros medidos desde la ribera del mar, que sirve a intereses generales distintos de los que inspiran la figura del núcleo rural. En definitiva,

las circunstancias de infraestructuras o servicios propios de la trama del núcleo rural podrían haber sido decisivas en su día para incorporarse a la delimitación del mismo acometida por el planeamiento urbanístico local (...) pero no lo son hoy día para soslayar su inclusión en el SNU de costas ni a los específicos efectos de eludir las limitaciones específicas propias de tal modalidad de suelo²².

El Tribunal recuerda asimismo que, además de en el PESC, el límite de los 500 metros para el SNU de costas está previsto con carácter general en el TROTU, y en armonía con ello en el POLA y en las Directrices Subregionales de Ordenación del Territorio para la Franja Costera de Asturias (Decreto 107/1993). Y por tanto, no sólo está lejos de resultar una medida arbitraria²³, sino que es una limitación que vincula tanto a la planificación autonómica como local. Recalca que la potestad de planeamiento municipal se agota dentro de los muros de la Ley, lo que excluye las regulaciones puntuales locales que

²¹ Fundamento de Derecho tercero.

²² Ídem.

²³ Antes bien, es justificación idónea de razonabilidad e incluso de protección de la confianza legítima que acoge el art. 3.1 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

busquen exoneración, dispensa o relajación del criterio legal fuera del expreso amparo de la misma Ley autonómica. En todo caso, además, el titular del *ius variandi* son los órganos de gobierno y no los particulares, por lo que no puede arrogarse un particular la defensa de ese *ius variandi* cuando es una potestad normativa propia y reservada a la Administración²⁴.

Que el PESC es un instrumento de ordenación supraterritorial que prevalece sobre los instrumentos de planeamiento locales vuelve a ser remarcado por el TSJA al analizar los argumentos de los demandantes sobre una eventual lesión de la autonomía local. Esto se excluye tanto desde un punto vista formal como material, pues las determinaciones cuestionadas, dirigidas básicamente a la preservación del proceso urbanizador del suelo por razones medioambientales, afectan de manera directa a intereses claramente supralocales, imbricados especialmente en la materia medioambiental y de ordenación del territorio²⁵.

Respecto a los esfuerzos de la demanda invocando la fuerza de lo fáctico y trayendo a los autos la conocida doctrina jurisprudencial sobre la vinculación del planificador a la realidad de la situación del suelo, el Tribunal opone su inaplicabilidad. Primero, porque tal doctrina se plantea en el ámbito de la clasificación del suelo cuando el debate se centra en si el terreno reviste el carácter de urbano consolidado o no consolidado, pero no se plantea en el ámbito de protección del suelo no urbanizable costero; segundo, porque los propios límites de la doctrina señalan que no es suficiente que ocasionalmente se tengan los servicios urbanísticos a pie de parcela, sino que debe estarse dotados de ellos por la acción urbanizadora (STS de 13 de abril de 2005, recurso 534/2001), aplicado esto al caso que nos ocupa, es evidente que los servicios urbanísticos mínimos de que están dotadas las parcelas no responden a "planificación, proyecto ni asunción de cargas por parte del propietario, sino a una actitud complaciente del Ayuntamiento para extenderle de forma puntual y al margen de toda planificación racional, el acceso a los servicios urbanísticos básicos"; y tercero, porque la "fuerza de lo fáctico" opera dentro de la legalidad sectorial y en relación con la cuestión de la clasificación del suelo, alzándose en límite para el planificador local, pero no frente al

²⁴ Fundamento de Derecho cuarto.

²⁵ Fundamento de Derecho quinto.

planificador autonómico cuando a la naturaleza urbanizada o no del terreno se yuxtapone la existencia de un interés supralocal relativo a la tutela paisajística y medioambiental, de manera que no puede una situación fáctica comprometer las potestades que sirven a fines que exceden los propios de la clasificación del suelo²⁶.

Por último y en relación con una posible lesión del principio de igualdad, matiza el TSJA que el término válido de comparación de las parcelas litigiosas no son las parcelas incluidas dentro del núcleo rural preexistente sino el de las parcelas situadas a menos de 500 metros del borde del litoral que no fueron incluidas formalmente en delimitaciones firmes, a todas las cuales se les imponen idénticas limitaciones edificatorias, con la salvedad de las situaciones jurídicas de edificaciones que cuentan con expreso amparo en sentencia firme o norma legal que contemple su situación específica. Además, se indica que

la condición de núcleo rural, en tanto ámbito especial sujeto a condiciones especiales, ha de ser objeto de interpretación restrictiva, lo que repudia tanto la extensión analógica, voluntarista o por intereses particulares (...) el criterio de prudente contención sentado por la jurisprudencia, referido a la expansión del suelo urbano, debe predicarse *mutatis mutandis*²⁷.

La sentencia termina reconociendo que las pruebas periciales de parte han estado muy bien construidas y por ello no se discute, ni por parte del Tribunal, ni de la Administración en la contestación a la demanda, si las fincas están integradas o no en una malla conformada por una red de viales, infraestructuras, dotaciones y parcelas propias del núcleo rural, pero ello no tiene por efecto la necesidad de integración de tal parcela en el núcleo rural. El PGOU aplicable está en revisión, pero el mismo no podrá comprometer los intereses supralocales expuestos y propios de la ordenación del territorio. Tales intereses son tutelados por la Administración autonómica y a través de un

²⁶ Fundamento de Derecho sexto.

²⁷ Fundamento de Derecho séptimo.

instrumento específico, el PESC, que además prevalece y se impone a lo que pudieran ser los instrumentos de planeamiento local²⁸.

Y con base en lo anterior se emite el fallo, que desestima los recursos e impone condena en costas, con el límite máximo de 1.500 euros en cada uno de los casos.

²⁸ Fundamento de Derecho octavo.