

**JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN CANTABRIA**

MARCOS GÓMEZ PUENTE

*Catedrático de Derecho Administrativo*

*Universidad de Cantabria*

En el período cubierto por esta crónica y por lo que respecta a la región cántabra, se ha tenido conocimiento de las siguientes sentencias de interés ambiental dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria:

— STSJ de 16 de abril de 2015 (sanción por construcción en zona de servidumbre de protección de costas). La Sala anula la sanción impuesta por la construcción y conversión en hotel de un restaurante levantado en terreno próximo a la ribera del mar que se consideraba afectado por la servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre. El Tribunal considera prescrita la infracción por haber transcurrido más de un año (plazo de prescripción previsto en el artículo 92 de la Ley de Costas, en la redacción vigente en la fecha que viene al caso, que luego fue ampliado a dos años por la Ley 2/2013, sin que pueda ser aplicada retroactivamente por impedirlo los artículos 9.3 y 25.1 CE) y, aunque no analiza la realización del tipo, parece que da por cometida la infracción por cuanto sí considera ajustada a Derecho la resolución impugnada, en cambio, en lo que se refiere a la obligación que imponía de reponer las cosas a su estado anterior.

Advierte también el Tribunal que, habiéndose impugnado una sanción, no puede pronunciarse sobre si la construcción estaba situada en la zona de protección o sobre suelo urbano, pues su pronunciamiento afectaría a otras administraciones, podría suponer una modificación de la clasificación del suelo e incurriría en desviación procesal. Pero si lo pensamos, al confirmar la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, el Tribunal asume implícitamente que la construcción no era legalizable y, por lo tanto, que la construcción estaba en la zona de protección y en suelo no urbano, incurriendo así, aparentemente, en la desviación procesal que trata de evitar.

El Tribunal, por último, rechaza también la pretensión de que se anule el deslinde de costas efectuado por la Orden Ministerial de 31 de enero de 2005, por la que se fija la línea a partir de la cual se cuentan los metros de afectación del suelo a las servidumbres establecidas por la Ley de Costas para la protección del dominio público marítimo-terrestre. Y lo hace por no tener dicho deslinde la naturaleza de acto o disposición normativos, sino de simple acto administrativo no susceptible de ser impugnado indirectamente, y por carecer de competencia para revisar las actuaciones del ministro.

— STSJ de 11 de mayo de 2015 (construcción en la ribera del río Carranza). Resuelve el recurso contra la desestimación silente del recurso de reposición interpuesto

contra la negativa de la Confederación Hidrográfica a legalizar las obras de ampliación de una nave ganadera en la margen izquierda del río Carranza, en Riancho. El recurrente considera contraria a Derecho la resolución impugnada por dos motivos: el primero, la caducidad del expediente, argumento que se rechaza por no haberse producido dicha resolución en el seno de un procedimiento iniciado de oficio, sino de uno (el de legalización de la construcción) promovido a instancia de parte; el segundo, la falta de competencia de la Confederación para decidir sobre la “legalización” de una construcción realizada en suelo urbanísticamente hábil, argumento igualmente rechazado por cuanto las obras se llevaron a cabo sin la autorización que le correspondía dictar a dicho organismo.

La Sala recuerda, así, que, según el artículo 78 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico: “Para realizar cualquier tipo de construcción en zona de policía de cauces, se exigirá la autorización previa al Organismo de cuenca, a menos que el correspondiente Plan de Ordenación Urbana, otras figuras de ordenamiento urbanístico o planes de obras de la Administración, hubieran sido informados por el Organismo de cuenca y hubieran recogido las oportunas previsiones formuladas al efecto. En todos los casos, los proyectos derivados del desarrollo del planeamiento deberán ser comunicados al Organismo de cuenca para que se analicen las posibles afecciones al dominio público hidráulico y a lo dispuesto en el art. 9”. Y por eso —señala el Tribunal Superior de Justicia—, el Tribunal Supremo (invocando la Sentencia de 27 de febrero de 2007, rec. 5184/2003) concluye que no se extralimita una confederación en el ejercicio de su competencia cuando deniega una autorización fundándose en la normativa urbanística y no en la legislación de aguas, pues, aunque no tenga competencia en materia de urbanismo, también está vinculada por las normas del planeamiento.

Interesa, pues, reproducir los argumentos de la última sentencia citada:

[...] la Administración estatal —no obstante carecer de competencias en materia de urbanismo— actuó con plena corrección ya que la circunstancia de no ser titular de la competencia urbanística no significa que no se encuentre vinculado por las normas urbanísticas; es más, si —como en el caso de autos ocurre— la Administración estatal, en el momento de la resolución de un expediente sobre la autorización de una construcción en la zona de policía de cauces, es informada por la Administración local del carácter protegido del suelo en el que se pretende llevar

a cabo —que hace incompatible con el mismo la construcción que se pretende—, debe proceder a la denegación *ab initio* de la autorización solicitada pese a carecer de competencia en materia urbanística, sin necesidad de proceder a la aplicación de las normas estatales en materia de aguas, ya que faltando el requisito inicial e imprescindible relativo a la existencia de un suelo urbanísticamente hábil para la autorización, deviene innecesario e inútil el análisis del expediente desde la perspectiva de la competencia estatal de aguas. No se está, pues, ante un supuesto de invasión de competencias —en la que se fundamenta el motivo— sino en presencia de supuesto de articulación racional del principio de coordinación interadministrativa.

— STSJ de 19 de mayo de 2015 (servidumbre de tránsito de costas). La Sala considera ajustada a Derecho la denegación de una autorización para el cerramiento perimetral de una parcela ubicada en la zona de servidumbre de tránsito del dominio público marítimo-terrestre. Entiende que las obras del cierre realizado no pueden considerarse de “consolidación” ni de “mejora” —supuesto en el que podrían ser aceptables para la legislación de costas (DT 14.<sup>a</sup>, apdo. 2 del RD 876/2014)—, pues consistieron en la sustitución de unas estacas de hormigón unidas con alambre de espino por un muro de cierre de bloque de hormigón de unos 70 cm de altura y 10 de espesor coronado con postes de madera empotrados en el muro a los que se sujeta una malla de acero de 80 cm de altura. No son mejora porque se altera la estructura esencial del cierre; en realidad, se sustituye el cierre preexistente por otro completamente distinto, con materiales y dimensiones (altura y profundidad) diferentes. Y no es una obra de consolidación, dada la aludida sustitución material del cierre original.

— STSJ de 1 de junio de 2015 (Reserva Regional de Caza). Declara ajustada a Derecho la disposición adicional única, apdo. 2, del Decreto 66/2014, de 30 de octubre, que limita la actividad cinegética del personal técnico competente en materia de caza que tenga relación directa con la gestión o vigilancia y control de la Reserva. La Sala considera que dicha previsión encuentra cobertura o encaje legal en la Ley de Cantabria 12/2006, de 17 de julio, de Caza de Cantabria —cuyo artículo 13.4 prevé que se regule reglamentariamente la organización y el régimen de funcionamiento de las reservas regionales de caza—, y tiene una fundamentación objetiva y razonable —por el evidente conflicto de intereses que puede apreciarse en las personas que, estando funcionalmente llamadas a intervenir en el control de la actividad cinegética de un

determinado lugar, tengan también interés en realizarla en ese mismo lugar, pudiendo quedar comprometida su objetividad e independencia—.

— STSJ de 10 de junio de 2015 (Plan General de Ordenación Urbana de Santander). En este fallo se desestima el recurso interpuesto por la Asociación para la Defensa de los Recursos de Cantabria (ARCA) contra el PGOU de Santander.

La asociación recurrente reputaba contrario a Derecho dicho instrumento por entender que (i) la decisión de delimitar una inmensa superficie del término municipal como suelo edificable sin que esté justificada su necesidad (por la demanda o el incremento de población real), como la decisión de reclasificar como urbanizable la mayor parte del suelo no urbanizable del PGOU de 1997, sin haber justificado la pérdida de valores de dichos suelos, resultaba arbitraria; (ii) se infringe el artículo 25.4 de la Ley de Aguas por no haberse comprobado la existencia de recursos hídricos suficientes para el desarrollo previsto; y (iii) no se ha efectuado la preceptiva evaluación de la repercusión del proyecto sobre los lugares de importancia comunitaria (LIC) pertenecientes a la red Natura 2000.

La Sala rechaza que exista la arbitrariedad denunciada y señala que “la potestad de planeamiento es una potestad discrecional de la Administración, que como indica el Tribunal Supremo debe observarse dentro de los principios del art. 103 de la Constitución; de tal suerte que el éxito de una impugnación de la potestad de planeamiento, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, con alejamiento de los intereses generales a que debe servir o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad, la seguridad jurídica, con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones”. No considera suficientemente acreditado, pues, que las decisiones de desarrollo adoptadas sean arbitrarias ni injustificadas.

A la vista de los informes obrantes en los autos, incluidos los incorporados al PGOU, la Sala tampoco considera probada la insuficiencia de recursos hídricos y, por lo tanto, rechaza que se haya producido la infracción de la legislación de aguas, recordando, además, que, según el Tribunal Supremo (Sentencia de 10 de marzo de 2015):

La doctrina y la jurisprudencia respecto del art. 25.4 de la Ley de Aguas al estudiar el mismo exige la suficiencia de recursos hídricos para el desarrollo urbanístico

señalando necesaria la suficiencia y disponibilidad de los mismos. Una cuestión que viene planteándose de forma reiterada en la práctica es la relativa a la distinción entre suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos. Se trata de conceptos que se ubican en dos planos distintos: la suficiencia hace referencia a la existencia de recursos hídricos bastantes, en tanto que la disponibilidad se concreta en la posibilidad de aplicar los recursos hídricos existentes a la actuación urbanística en cuestión, lo cual requiere del correspondiente título administrativo concesional. Por tanto, la disponibilidad es un concepto que se ubica en un plano de valoración cronológicamente posterior al de la suficiencia, de tal manera que la existencia de recursos hídricos es condición necesaria para que pueda disponerse sobre dichos recursos, pero no es condición suficiente, en tanto que la disponibilidad requiere de un título concesional para la utilización del recurso. El art. 25.4 de la Ley de Aguas establece que “el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer demandas”, lo cual plantea si sólo ha de estarse a la suficiencia de recursos hídricos o, por el contrario, también se engloba en el concepto la disponibilidad sobre los mismos. La cuestión es de gran relevancia práctica, puesto que muchas de las controversias se presentan en momentos donde se están tramitando expedientes de concesión de aguas en ámbitos donde en principio hay recursos hídricos suficientes, pero de los que se carece del correspondiente título concesional. En una primera aproximación, la acotación temporal de los conceptos suficiencia y disponibilidad se refieren al momento de aprobación del acto o plan, de tal manera que tales conceptos no pueden integrarse por recursos hídricos no existentes en dicho momento, aunque estén proyectados o previstos para un futuro más o menos próximo. En este punto, también es muy frecuente la alegación de actuaciones proyectadas para satisfacer necesidades hídricas en un futuro, más tales actuaciones a futuro no integran el concepto de suficiencia al que se refiere el art. 25,4 de la Ley de Aguas, en tanto que este requisito ha de darse en el momento en que se aprueba el Plan (vid. en este sentido STS de 17 noviembre 2010 (rec. 5206/2008; Pte.: Sr. Rafael Fernandez Valverde) en relación a un plan que se suspende pese a que existía un expediente de concesión en trámite, la previsión de construir una planta desaladora y potabilizadora y un proyecto de conexión con otra red de distribución). Centrado el concepto de la suficiencia en el ámbito de los recursos existentes en el momento de la aprobación de la actuación urbanística, la cuestión que se plantea es si ha de existir disponibilidad del recurso hídrico para llevar a cabo la actuación en cuestión. En este punto, y aunque tanto la Ley de Aguas como la Ley del Suelo de

2008 se refieren al concepto de “suficiencia”, parece que el mismo se utiliza en forma amplia, de forma equivalente al de disponibilidad, puesto que se exige que los recursos sean suficientes “para satisfacer demandas”, lo que implica que ha de existir el recurso y ha de tenerse disponibilidad sobre el mismo. En estos casos se viene utilizando con relativa frecuencia la técnica de la supeditación o aprobación condicionada a que se obtenga finalmente la concesión sobre los recursos hídricos. Supuesto éste distinto al de condicionamiento de la aprobación a la obtención del informe previo de la Confederación Hidrográfica al que se ha hecho referencia anteriormente, ya que en este caso la ulterior obtención del título concesional puede determinar la pérdida de objeto del recurso en caso de que se impugne la aprobación.

En fin, sobre el último de los motivos de impugnación aducidos (falta de informe sobre la afectación del PGOU a los lugares de importancia comunitaria [LIC] pertenecientes a la red Natura 2000 en los que se extraerá el agua que abastece a Santander), la Sala nuevamente advierte que hubiera podido prosperar si la asociación recurrente hubiera demostrado la existencia de dicha afectación novedosa al entorno natural protegido, o bien hubiera alguna razón sustancial para detectar una afectación mayor o más grave que el paso del tiempo o la acumulación de afectaciones y las nuevas y mejores técnicas disponibles pudieran haber detectado y que no hubieran sido valoradas ambientalmente en su momento. La Sala advierte también que en el informe de sostenibilidad ambiental nada se decía al respecto y que no hubiera sido superflua alguna mención sobre dicha cuestión y los proyectos e infraestructuras ya implantados en el territorio para afrontarla. Pero también constata la existencia de esos proyectos, para los que se tramitó su correspondiente evaluación ambiental, con el consecuente y oportuno análisis, en su momento, de los impactos y afectaciones provocados (también sobre los LIC). Ejemplo de todo ello —indica la Sala— es la construcción del abastecimiento a Santander por medio del bitrasvase consistente en la conexión de las cuencas de los ríos Pas y Besaya con el embalse del Ebro, que permitirá derivar parte del agua acumulada en dicho pantano hacia Santander y Torrelavega, lo que asegurará el abastecimiento de estos núcleos y el caudal ecológico de los ríos Pas y Besaya en época de estiaje; un sistema reversible que permite llevar agua hacia el pantano del Ebro en época de precipitaciones a fin de acumularla para su uso en tiempo de necesidad en Santander y Torrelavega. Y como obra en los autos un informe pericial judicial en el que no se detectan nuevos efectos perjudiciales en los espacios de la red Natura 2000 en el período de vigencia del

PGOU (certeza que se fundamenta en el sistema de explotación de agua del río Pas y su cuenca, del bitrasvase Ebro-Besaya-Pas y según las previsiones definidas en el sistema de explotación de la autovía del agua; no existen efectos perjudiciales en el río Asón por cuanto no es una cuenca de la que se extraigan recursos, ni en el río Nansa por la misma razón; tampoco en el LIC Río y Embalse del Ebro por cuanto el caudal extraído de este queda suplido con aportes de la vertiente norte que son equilibrados en ciclos de cuatro años y el volumen extraíble es un porcentaje muy bajo del conjunto del embalse), rechaza también la alegación de la recurrente.

Por lo que respecta a los pronunciamientos del Tribunal Supremo de interés regional, pueden mencionarse los siguientes:

— STS de 15 de junio de 2015 (concurso para la asignación de potencia eólica). El Alto Tribunal confirma la anulación judicial del concurso público para la asignación de potencia eólica para la instalación de parques eólicos en la región, asunto muy conflictivo que acaparó el interés de la opinión pública durante la séptima legislatura autonómica (véanse las crónicas correspondientes). Se pone así fin a la controversia judicial sobre este asunto, que, por lo demás, encontró solución normativa mediante la Ley 7/2013, de 25 de noviembre, que regula el aprovechamiento eólico en la Comunidad Autónoma de Cantabria, incluyéndose en ella el procedimiento para autorizar la construcción, explotación, ampliación, modificación, transmisión y cierre de los parques eólicos.

En el caso de autos, fueron las entidades mercantiles adjudicatarias de la potencia eólica asignada mediante el concurso anulado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 17 de octubre de 2012 las que impugnaron dicha sentencia en casación alegando, entre otros motivos, infracción del artículo 3 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; de la Directiva 2001/42/CE, sobre evaluación ambiental de planes y programas; de los artículos 3 y 4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; y del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo.

En relación con el argumento de los recurrentes de que no era necesaria la evaluación ambiental de la convocatoria del concurso de asignación de potencia eólica, el TS lo rechaza pues, aunque dicha convocatoria no fuera un instrumento de planificación del

sector energético ni de ordenación del territorio, sí incluía previsiones y determinaciones (como las que venían a modificar la zonificación del Plan Energético de Cantabria o la que variaba el objetivo estratégico del citado plan, elevándolo de 300 MW a 1.400 MW) que podían tener el contenido y los efectos propios de esa clase de instrumentos, por lo que debió realizarse la evaluación ambiental exigida para los planes y programas que tienen ese mismo efecto significativo sobre el medio ambiente.

El TS también considera infringido el principio de jerarquía normativa por cuanto la convocatoria del concurso contradecía las determinaciones del Plan de Energías Renovables (PER 2005-2010) y del Plan Energético de Cantabria (PLENERCAN 2006-2011), por más que formal o aparentemente proclamara su subordinación a ellas, ya que se apartaba de las magnitudes y previsiones contempladas en dicha planificación. Defecto que no puede salvarse posteriormente mediante la eventual e hipotética aprobación de nuevos instrumentos de ordenación territorial o de planificación energética dirigidos a respaldar una convocatoria originariamente inválida, recuerda la Sala citando su propia jurisprudencia en materia urbanística —STS de 12 de mayo de 2008 (cas. 2770/2004)—, pues la secuencia lógica y obligada es que el planeamiento precede a la ejecución, siendo esta la que debe acomodarse a aquella y no al revés, pues entonces se desnaturalizaría el propio planeamiento como instrumento legalmente configurado para el diseño y trazado de los actos singulares que deben acomodarse a él.

El TS advierte también que el TSJ no incurrió en infracción alguna del ordenamiento urbanístico, pues en ningún momento consideró que el Plan Energético de Cantabria (PLENERCAN 2006-2011) fuera un instrumento de ordenación urbanística, sino de ordenación del sector eléctrico, debiendo haberse sometido a evaluación ambiental la convocatoria porque incluía determinaciones de esta última clase de planificación, no porque fueran determinaciones de índole urbanística.

— STS de 15 de julio de 2015 (SNIACE, autorización ambiental integrada). El TS confirma la sentencia que declaró ajustadas a Derecho la modificación, realizada de oficio, de la autorización ambiental integrada de una planta de cogeneración y de la declaración de impacto ambiental para una depuradora de aguas residuales en los términos municipales de Torrelavega y Santillana del Mar, de la empresa SNIACE.

Dicha sentencia se impugnó en casación, entre otros motivos, por entenderla contraria a la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de

2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, en la interpretación que sobre ella hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (S. de 24 de octubre de 2013, C-151/12), porque las modificaciones de la autorización ambiental integrada y los valores de emisión seguidos se adoptaron aplicando exclusivamente la legislación sectorial autonómica y, por lo tanto, sin la debida trasposición de dicha directiva. Pero el TS advierte que el Decreto regional 47/2009, de 4 de junio, empleado para determinar los valores límite de emisión, contempla aquellos a los que se remite la Ley 16/2002 y en su anexo I establece los límites para vertidos, objetivos de calidad y métodos de análisis aplicables, siendo correcta su aplicación de oficio por haber entrado en vigor dicho decreto con posterioridad a la concesión de la autorización ambiental integrada. Y dicho decreto regional, además de tener en cuenta las directivas 2000/60/CE, de 23 de octubre de 2000, y 2006/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2006, desarrolla la Ley, de carácter básico, 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, que incorpora al ordenamiento interno español la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996, que tiene como finalidad evitar o, al menos, reducir la contaminación de la atmósfera, el agua y el suelo, y permite a las comunidades autónomas dictar normas adicionales de protección a las establecidas por el Estado en materia de valores límite de emisión de sustancias contaminantes, así como las relativas a las mejores técnicas disponibles.

También se rechaza que se haya infringido lo dispuesto en el artículo 2.12 de la Directiva 2008/1/CE, de 15 de enero de 2008, y en el artículo 7 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, que establecen la necesidad de adoptar la mejor técnica disponible (MTD) a la hora de controlar, mitigar y prevenir la contaminación producida por los distintos agentes en el desarrollo de su actividad, lo que no ha efectuado la Administración autonómica al asignar a la balsa, de 20.000 m<sup>3</sup>, exclusivamente el uso de seguridad para casos de emergencia, sin incluir la función de regulación como interesó la entidad mercantil recurrente. Mas para llegar a la conclusión de que el empleo de la mejor técnica disponible exigiría utilizar la balsa como elemento regulador (no solo para situaciones de emergencia), debería haberse propuesto una prueba pericial ilustrativa y no limitarse, sin más, a tratar de justificar mediante argumentos, más o menos razonables, tal afirmación.