

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN EL PAÍS VASCO (pp. 1-11)

—

JURISPRUDÈNCIA AMBIENTAL AL PAÍS BASC (pp. 12-20)

IÑIGO LAZCANO BROTONS

Profesor colaborador / Professor col·laborador

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibersitatea

Sumario: 1. Legalidad de la aprobación del Plan Integral de Gestión de Residuos Urbanos de Gipuzkoa. 2. Suelos contaminados, responsabilidad solidaria de los causantes y límites de la potestad de autotutela administrativa. 3. Efectos de la publicación del informe definitivo de impacto ambiental. 4. Instalación de antenas de telefonía móvil y planeamiento urbanístico municipal. 5. Canchas de baloncesto y medidas correctoras del ruido. 6. Servicios mínimos en huelga en incineradora. 7. Licencia de actividades clasificadas y cumplimiento de medidas correctoras. 7.1. Alcance de la competencia municipal para imponer medidas correctoras. 7.2. Relación con la licencia de obras. 7.3. Límite de emisión a la atmósfera. 7.4. Medidas de desodorización. 7.5. Imposición de un período de cierre obligatorio. 7.6. Sanción contra actividad clasificada sin licencia

1. Legalidad de la aprobación del Plan Integral de Gestión de Residuos Urbanos de Gipuzkoa

La STSJ PV 973/2010, de 15 de septiembre de 2010 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Alberdi Larizgoitia), tiene que resolver acerca de la adecuación a la legalidad de la Norma Foral 7/2008, por la que se aprueba el documento de progreso del Plan Integral de Gestión de Residuos Urbanos de Gipuzkoa (2002-2016). El recurso, planteado por una mancomunidad de municipios, se fundamentaba en la falta de un previo plan autonómico de gestión de residuos del que pretendidamente habría de derivar el de Guipúzcoa (aunque también se utilizaba un argumento alternativo: en el supuesto de que se considerase que ese plan autonómico era equivalente a las denominadas Directrices para la Planificación y Gestión de Residuos Urbanos de la CAPV, se pretendía la nulidad de estas —y, por tanto, su incapacidad para ser presupuesto del plan foral— por no estar incorporadas a un decreto y por haber sido aprobadas sin la previa realización de la evaluación conjunta de impacto ambiental y sin los correspondientes trámites de audiencia y participación).

El TSJPV entiende (y todos los codemandados —Juntas Generales y Diputación Foral de Gipuzkoa, Administración General de la CAPV y Consorcio de Residuos de Gipuzkoa— lo asumen) que las citadas Directrices para la Planificación y Gestión de Residuos Urbanos en la CAPV no constituyen la planificación marco a la que se refiere la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, ni tienen el carácter de disposición de carácter general, sino de meras directrices programáticas. Por lo tanto, la única cuestión a resolver es si la aprobación de un plan foral de residuos como el recurrido puede hacerse en ausencia de un plan integral de carácter autonómico. Pues bien, en el ámbito de la CAPV, la Ley 3/1998 General de Protección del Medio Ambiente atribuye a las instituciones comunes la planificación marco, y, pese a que ello entraña una relación de jerarquía, el legislador posibilita

también transitoriamente, hasta la aprobación de la propia planificación marco autonómica, la aprobación de planes integrales de gestión de residuos por los órganos forales: “así resulta con toda claridad del tenor literal de la disposición transitoria primera al emplear el futuro perfecto del subjuntivo (que hubieren sido) en lugar del pretérito pluscuamperfecto del subjuntivo (que hubieran/-esen sido)”. Por ese motivo el recurso se desestima.

2. Suelos contaminados, responsabilidad solidaria de los causantes y límites de la potestad de autotutela administrativa

La Ley 1/2005, de 4 de febrero, para la prevención y corrección de la contaminación del suelo del País Vasco establece que la obligación de adoptar medidas de recuperación de suelos contaminados corresponderá a la persona física o jurídica causante de dicha contaminación (también a la causante de la alteración del suelo si esta se ha producido después de la entrada en vigor de la Ley 3/1998 General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco), que cuando sean varias responderán de esta obligación de forma solidaria.

Sobre la base de dicha previsión legal, la Autoridad Portuaria de Pasajes pretendió repercutir a una empresa privada la totalidad de los gastos derivados de la recuperación de los suelos contaminados en una determinada zona del puerto. El objeto principal del recurso, y al margen de ciertos datos periféricos discutidos sobre superficie afectada, volumen de residuos producido, etc., se basó en que la Autoridad Portuaria habría actuado ilegalmente por falta de competencia para determinar y cobrar la descontaminación del suelo y por pretender utilizar para ello el procedimiento de cobro de las deudas tributarias que establece el Reglamento General de Recaudación. Según la STSJPV 1289/2010, de 15 de julio de 2010 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, ponente: Murgoitio Estefanía), resulta evidente que la competencia para efectuar declaraciones de calidad del suelo y para exigir la adopción de medidas de recuperación se atribuye indefectiblemente “al órgano ambiental de la CAPV”. Pero no era ese el contenido y la disposición de los actos dictados por la Autoridad Portuaria, sino que estos pretendían repercutir el importe de los gastos derivados de una descontaminación ya producida y sufragada por la entidad portuaria. Pues bien, para el TSJPV “cualquiera que sea la modalidad de ejercicio de repetición que un obligado

subsidiario ostente para obtener la recuperación de los gastos finalmente imputables al causante material de la contaminación, dicha declaración legal de obligaciones jurídico-administrativas de adoptar las medidas de recuperación no atribuye facultad ni potestad pública alguna a la Administración demandada para ejercitar su eventual derecho de repetición en régimen de autotutela declarativa ejecutiva”. La ley no atribuye “*ex lege* a cualquier persona de derecho público o privado la facultad de exaccionar o hacer cumplir la obligación de adoptar medidas de recuperación a los que tengan por causantes de la contaminación, o de repetir contra ellos, puesto que se trata de una obligación de derecho administrativo que ha de hacerse valer por la Administración competente y solo por ella y no por los terceros en vía de autotutela”. Ante el proceder de la Autoridad Portuaria (acto administrativo, con indicación de lugares y modos de pago, con un plazo voluntario de ingreso y con apercibimiento de la apertura del período ejecutivo), se afirma que “carece de todo sustrato legal el empleo atípico y espurio de tales facultades, poderes y prerrogativas compulsorias para obtener una reparación económica extramuros de la actividad de la Administración sectorial competente para imponerla en su caso”. De ahí la anulación judicial de los actos dictados por dicha Autoridad Portuaria.

3. Efectos de la publicación del informe definitivo de impacto ambiental

La normativa vasca en materia de evaluación de planes establece que el informe definitivo de impacto ambiental —lo que en la legislación estatal se denomina *memoria ambiental*— emitido por el órgano ambiental no es vinculante pero debe ser tenido en cuenta. En el caso que ha de resolver la STSJPV 3475/2010, de 25 de junio (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Rodrigo Landazábal), se plantea la cuestión de cuáles son los efectos de la publicación oficial del citado informe definitivo, sin una resolución atinente a los aspectos señalados en este (que, en el caso concreto, eran importantes: necesidad de incluir en el suelo no urbanizable áreas erosionables, inundables, de especial interés para el visón europeo, zonas de protección de acuíferos o zonas afectadas por actividades extractivas) y sin una pormenorización de los impactos por las actuaciones previstas. Para la Sala la publicación del informe definitivo, junto con el acuerdo de aprobación definitiva de las normas subsidiarias, “debe entenderse como asunción por parte del Ayuntamiento [...] del informe definitivo de impacto, sin que conste que existe discrepancia con su contenido”. No hay, por lo tanto, déficit de

motivación en el acuerdo de aprobación de las normas subsidiarias (pues su exigencia solo existe cuando se constatan discrepancias, cosa que en el presente asunto no se da), aunque cuestión distinta es que, como consecuencia de esa asunción del informe, se deberán realizar las informaciones complementarias que en este se contemplan.

4. Instalación de antenas de telefonía móvil y planeamiento urbanístico municipal

En la STSJPV 1250/2010, de 6 de julio de 2010 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Garrido Bengoechea), el órgano judicial ha de afrontar una apelación sobre la siguiente cuestión: si un ayuntamiento (el de Portugalete) puede ordenar la demolición de una antena de telefonía móvil basándose en su normativa urbanística municipal, que establece la prohibición de instalar cualquier elemento técnico, por encima de una altura máxima, que no tenga por fin exclusivo dar servicio al edificio. La Sentencia, después de recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre los límites de la competencia municipal de planeamiento urbanístico, protección del medio ambiente, patrimonio histórico-artístico y protección de la salud pública (“no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas”), manifiesta la ilegalidad de la decisión municipal adoptada: “resulta una obviedad señalar que esta clase de antenas han de estar situadas para su correcto funcionamiento en zonas elevadas del municipio, lo que en el centro urbano se produce en los tejados de los edificios”. En consecuencia, “la norma aplicada por el Ayuntamiento representa, de hecho, una imposibilidad absoluta de instalar esta clase de antenas en los tejados de los inmuebles” y tal imposibilidad está vedada por la jurisprudencia y resulta, por ende, ilegal.

De idénticos presupuestos competenciales y jurisprudenciales parte la STSJPV 1259/2010, de 6 de julio de 2010 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Rodrigo Landazabal). El Ayuntamiento de San Sebastián ordena (el 31 de marzo de 2009), en el marco de un procedimiento sancionador, el cese cautelar de una antena de telefonía móvil de una empresa a la que se había abierto un expediente sancionador por instalar dicha antena sin licencia de actividad clasificada (aunque la solicitud sí se había presentado). La empresa insta judicialmente a la suspensión de aquella orden de cese, algo que deniega el Juzgado de lo Contencioso y frente a lo que

aquella plantea recurso de apelación. El TSJPV va a dar la razón a la empresa, accediendo a la medida cautelar de suspensión de la orden de cese por varias razones. Reconoce el TSJPV que existe una cuestión de fondo que excede del incidente: efectuar un pronunciamiento concluyente sobre si la instalación está sujeta o no a licencia de actividad clasificada sobre la base de la normativa propia de la CAPV. Pero en el balance de intereses que deben ponderarse en este caso (que enfrenta a un servicio de interés general con el derecho a un medio ambiente adecuado, con la protección de la salud pública e incluso con la normativa municipal de urbanismo), “no se puede obviar la existencia del control sectorial, mediante la autorización del Ministerio de Industria, la existencia de un procedimiento de legalización de la actividad en trámite desde enero de 2009, sin que se haya dictado resolución expresa, el hecho de que se alega (y en principio no se cuestiona) que la instalación estaría amparada en la licencia de obra otorgada a Telefónica, y el que hasta ese momento no se han justificado expresamente las circunstancias urbanísticas que pudieran impedir la legalización, si es que existieran”. Hay que tener en cuenta, continúa afirmando el TSJPV, que en el ámbito de la Ley 3/1998 General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco “la clausura de una actividad sin licencia no es automática, si la actividad pudiera legalizarse”. Además, “la existencia de una autorización sectorial [...] presupone la existencia, en su caso, de medidas correctoras o de que se está dentro de los límites”, mientras que el dato de que exista una solicitud de licencia desde enero de 2009 también es relevante “sin que ello presuponga ningún pronunciamiento sobre si ha operado o no el silencio positivo”.

5. Canchas de baloncesto y medidas correctoras del ruido

Un juzgado de lo contencioso-administrativo estimó (en febrero de 2009) el recurso contencioso interpuesto contra la denegación municipal de la solicitud, planteada por una comunidad de propietarios, de traslado de las canchas de baloncesto instaladas en un parque público de Bilbao. Ordenó que, en tanto el Ayuntamiento no adoptara las medidas adecuadas que aseguraran el uso de las canchas por debajo del umbral auditivo establecido por la ordenanza local de medio ambiente, se desmontaran los tableros de las canastas para impedir el ejercicio de cualquier práctica deportiva.

La STSJPV 1428/2010, de 26 de octubre de 2010 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Alberdi Larizgoitia), ha de resolver la apelación contra el auto de aquel juzgado que, en pieza de ejecución, denegaba la autorización al Ayuntamiento de Bilbao para reinstalar las canchas (con los tableros) una vez implementadas las medidas correctoras (ejecución de un pavimento absorbente, sustitución de tableros y redes, retirada de aros a partir de las 22 horas, iluminación nocturna perturbadora, etc.), así como para comprobar mediante una serie de mediciones en el interior de una vivienda, en las horas de mayor juego de baloncesto, que se cumplen los requisitos de aquella sentencia dictada. La Sala del TSJPV aprecia que dicha autorización debe ser concedida al Ayuntamiento, puesto que en caso de denegarse se impediría precisamente el cumplimiento de la Sentencia, que no impone la retirada definitiva de las canchas de baloncesto, sino su retirada en tanto no se implementen las medidas correctoras necesarias para impedir molestias a los vecinos, y siendo ello así, es necesaria la reinstalación de las canastas a efectos de la comprobación de la eficacia de las medidas implementadas.

6. Servicios mínimos en huelga en incineradora

Como en casos reseñados en crónicas jurisprudenciales precedentes (véase RCDA 1/2010, jurisprudencia del País Vasco), se plantea judicialmente el alcance del establecimiento de servicios mínimos con ocasión de una huelga convocada que afecta a una incineradora (Zabalgardi). El TSJPV no comparte la tesis del sindicato recurrente según la cual si en paradas técnicas de la planta de valorización los residuos se llevan a vertederos, por idéntica razón podrá hacerse lo mismo durante los siete días de huelga, y ello porque el tratamiento de los residuos mediante la planta de valorización se realiza precisamente para evitar su depósito en vertederos y las emisiones a la atmósfera que ello implica, con daño para el medio ambiente y para la salud. Una cosa es que sea inevitable enviar los residuos a vertederos durante las paradas técnicas necesarias e inevitables de la planta, y otra muy distinta deducir de ello que el resultado es inocuo desde la perspectiva medioambiental y de la salud pública. Es razonable concluir que tales vertidos a vertedero durante esas paradas constituyen un mal inevitable que no convierte en buena la solución propuesta por el sindicato recurrente desde la perspectiva de la protección del medio ambiente y la salud.

Ahora bien, el sindicato recurrente plantea, de manera subsidiaria, que bastaría con el depósito de los residuos en el foso de que dispone la empresa, ya que este está preparado para albergar los residuos correspondientes a ocho días, mientras que la huelga es de siete días de duración. En este aspecto el Tribunal da la razón al sindicato porque la orden de servicios mínimos recurrida no contenía una motivación expresa sobre la necesidad de proceder al proceso de incineración tras el acopio de los residuos en el foso (SSTSJPV 4432/2010 y 4433/2010, de 23 de noviembre de 2010, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Alberdi Larizgoitia).

7. Licencia de actividades clasificadas y cumplimiento de medidas correctoras

7.1. Alcance de la competencia municipal para imponer medidas correctoras

En la normativa vasca sobre licencia de actividades clasificadas, la imposición de medidas correctoras corresponde al órgano ambiental del Gobierno Vasco o de la Diputación Foral (en este caso cuando se desarrollan en suelo urbano residencial). La adopción de tales medidas puede delegarse en los ayuntamientos que cuenten con servicios adecuados, como así hizo la Diputación Foral de Bizkaia en favor del Ayuntamiento de Bilbao respecto de actividades clasificadas en suelo urbano residencial.

La STSJPV 1256/2010, de 13 de julio de 2010 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Ruiz Ruiz), establece que esa delegación solo puede abarcar la imposición de medidas correctoras en materias que sean competencia foral, sin que esta justifique que el Ayuntamiento pueda fijar medidas correctoras en materias residenciadas en las instituciones comunes de la CAPV. Así, se declara judicialmente la nulidad de determinadas medidas correctoras impuestas por el Ayuntamiento de Bilbao en la licencia de actividad concedida a una empresa funeraria para la actividad de crematorio, medidas que tienen que ver con competencias del Gobierno Vasco en materia de sanidad mortuoria (control previo del cadáver y del féretro) y en materia de calidad del aire y de prevención de la contaminación atmosférica derivada de la actividad de incineración. Incluso, aunque se dedujeran de la legislación básica en esas materias, las medidas impuestas por el Ayuntamiento no serían legales, puesto que se trasladaría a la empresa la impresión de que el Ayuntamiento podría revisarlas en cualquier momento.

7.2. Relación con la licencia de obras

Como es sabido, la Ley 3/1998 General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco establece que la licencia de actividades clasificadas ha de otorgarse de manera previa a la licencia de obras. Cuando las obras realizadas no se ajustaran al proyecto de obras presentado, puede dictarse una orden municipal de restauración urbanística posterior a la concesión de la licencia de actividad, pero “solo en el caso de que la falta de ajuste entre el proyecto de actividad y la edificación realmente ejecutada afectare a la viabilidad de la actividad a desarrollar” tendrían eficacia anulatoria de la licencia de actividad las discordancias en la ejecución del proyecto de obras (STSJPV 1560/2010, de 16 de septiembre, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Díaz Pérez).

Con posterioridad a la licencia de obras, el Ayuntamiento, tras la visita de comprobación de que las obras se adaptan a las medidas correctoras, ha de otorgar licencia de apertura o de funcionamiento. La denegación de una licencia de obras de canalización de fecales, que resulta necesaria desde el prisma medioambiental, por la exclusiva razón de que la actividad carece de licencia de apertura o de funcionamiento, se halla carente por completo de justificación, toda vez que el Ayuntamiento no ignora, en el caso concreto, el funcionamiento desde hace más de cuarenta años de la planta (la central térmica de Pasajes) (STSJPV 4194/2010, de 17 de noviembre de 2010, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Alberdi Larizgoitia).

7.3. Límite de emisión a la atmósfera

En la STSJPV 3618/2010, de 16 de junio de 2010 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Garrido Bengoechea), se ratifica la legalidad de la suspensión de la actividad de una empresa que gestiona vehículos al final de su vida útil, al contravenir algunas de las condiciones impuestas como medidas correctoras en la licencia de actividad. Pero respecto de una de ellas, el incumplimiento de la condición de que la máquina trituradora no supere el límite de emisión a la atmósfera de 150 mg/Nm³, “por sí mismo, podría no justificar la medida de suspensión de la actividad adoptada”.

7.4. Medidas de desodorización

En una licencia de actividad puede imponerse como medida correctora la adopción de medidas de desinfección y desodorización con la frecuencia precisa para evitar olores a los vecinos, lo que de suyo entraña que la actividad es admisible y que, conforme al estado de la ciencia y de la técnica, cabe adoptar medidas que reduzcan los olores a límites razonables. Para proclamar la ilegalidad de una licencia no basta con afirmar que, pese a las medidas adoptadas, se siguen causando molestias, sino que es necesario acreditar que no se han adoptado las medidas exigidas por la licencia de actividad, que se han omitido medidas posibles y necesarias. Sobre todo porque el actual marco legislativo no contempla un parámetro legal que constituya el límite de la afectación admisible, aunque suelen existir molestias a partir de 5 uoE/m³ (STSJPV 1571/2010, de 26 de octubre, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Alberdi Larizgoitia).

7.5. Imposición de un período de cierre obligatorio

Una medida correctora específica como es la imposición de un período de cierre obligatorio de seis horas a contar desde el horario de cierre máximo de la discoteca y aplicable a todo el complejo, para garantizar el descanso de los vecinos y usuarios del polígono industrial donde está situado el edificio, es legítima y está amparada en las potestades de autoorganización de la Diputación Foral. Así lo indica la STSJPV 1248/2010, de 15 de julio (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, ponente: Garrido Bengoechea), en un curioso caso en el que dos locales contiguos (comunicados con una puerta interior y cada uno con su licencia de actividades clasificadas) se utilizaban sucesivamente como sala de fiestas y como pub-restaurante, burlando los límites horarios y generando un fraude de ley que causaba molestias a los vecinos.

7.6. Sanción contra actividad clasificada sin licencia

El desarrollo de una actividad clasificada sin la licencia preceptiva y con la imposición de las medidas correctoras oportunas no queda solventado por el hecho del consentimiento de la autoridad municipal, aunque sea durante muchos años, ni porque se hayan seguido procedimientos o autorizaciones en otros ámbitos, por ejemplo en el ámbito tributario, dado que nada de ello implica la licencia preceptiva cuando no consta

que esta se hubiera solicitado (STSJPV 4177/2010, de 10 de noviembre de 2010, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, ponente: Ruiz Ruiz).

Sumari: 1. Legalitat de l'aprovació del Pla Integral de Gestió de Residus Urbans de Guipúscoa. 2. Sòls contaminats, responsabilitat solidària dels causants i límits de la potestat d'autotutela administrativa. 3. Efectes de la publicació de l'informe definitiu d'impacte ambiental. 4. Instal·lació d'antenes de telefonia mòbil i planejament urbanístic municipal. 5. Pistes de bàsquet i mesures correctores de soroll. 6. Serveis mínims en vaga en una incineradora. 7. Llicència d'activitats classificades i compliment de mesures correctores. 7.1. Abast de la competència municipal per imposar mesures correctores. 7.2. Relació amb la llicència d'obres. 7.3. Límit d'emissió a l'atmosfera. 7.4. Mesures de desodoració. 7.5. Imposició d'un període de tancament obligatori. 7.6. Sanció contra una activitat classificada sense llicència.

1. Legalitat de l'aprovació del Pla Integral de Gestió de Residus Urbans de Guipúscoa

La STSJPB 973/2010, de 15 de setembre de 2010 (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Alberdi Larizgoitia), ha de resoldre sobre l'adequació a la legalitat de la Norma foral 7/2008, per la qual s'aprova el document de progrés del Pla Integral de Gestió de Residus Urbans de Guipúscoa (2002-2016). El recurs, plantejat per una mancomunitat de municipis, es fonamentava en la falta d'un pla autonòmic de gestió de residus previ, del qual pretesament hauria de derivar el de Guipúscoa (tot i que també s'utilitzava un argument alternatiu: per al supòsit en què es considerés que aquest pla autonòmic equivalgués a les anomenades Directrius per a la planificació i gestió de residus urbans de la CAPV, de les quals es pretenia la nul·litat —i per tant, la seva incapacitat per ser pressupost del pla foral—, ja que no estaven incorporades a cap decret, perquè s'havien aprovat sense la realització prèvia de l'avaluació conjunta d'impacte ambiental i sense els tràmits d'audiència i participació corresponents).

El TSJPB entén (i tots els codemandats —juntres generals i Diputació Foral de Guipúscoa, Administració General de la CAPV i Consorci de Residus de Guipúscoa— assumeixen) que les esmentades Directrius per a la planificació i gestió de residus urbans en la CAPV no constitueixen la planificació marc a què es refereix la Llei 3/1998, general de protecció del medi ambient del País Basc, ni tenen el caràcter de disposició de caràcter general, sinó de meres directrius programàtiques. Per tant, l'única qüestió que s'ha de resoldre és si es pot aprovar un pla foral de residus com el que s'ha recorregut sense el pla integral de caràcter autonòmic. Doncs bé, en l'àmbit de la CAPV, la Llei 3/1998, general de protecció del medi ambient, atribueix la planificació marc a les institucions comunes i, tot i que això comporta una relació de jerarquia, el legislador possibilita també transitòriament, fins que s'aprovi la planificació marc autonòmica, que els òrgans forals aprovin plans integrals de gestió de residus: *“así resulta con toda claridad del tenor literal de la disposición transitoria primera al*

emplear el futuro perfecto del subjuntivo (que hubieren sido) en lugar del pretérito pluscuamperfecto del subjuntivo (que hubieran/-esen sido)”. Per aquest motiu es desestima el recurs.

2. Sòls contaminats, responsabilitat solidària dels causants i límits de la potestat d'autotutela administrativa

La Llei 1/2005 per a la prevenció i correcció de la contaminació del sòl del País Basc estableix que l'obligació d'adoptar mesures de recuperació de sòls contaminats correspon a la persona física o jurídica causant de la contaminació (també a la causant de l'alteració del sòl, si l'alteració s'ha produït després que entrés en vigor la Llei 3/1998, general de protecció del medi ambient del País Basc), i que si els causants són diversos han de respondre d'aquesta obligació de forma solidària.

D'acord amb aquesta previsió legal, l'Autoritat Portuària de Pasajes va pretendre repercutir la totalitat de les despeses derivades de la recuperació dels sòls contaminats en una determinada zona del port a una empresa privada. L'objecte principal del recurs, i al marge de certes dades perifèriques discutides sobre la superfície afectada, el volum de residus produït, etc., es va basar en el fet que l'Autoritat Portuària hauria actuat il·legalment per falta de competència per determinar i cobrar la descontaminació del sòl i per pretendre utilitzar per a això el procediment de cobrament dels deutes tributaris del Reglament general de recaptació. Segons la STSJPB 1289/2010, de 15 de juliol de 2010 (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 1a, ponent: Murgoitio Estefanía), resulta evident que la competència per fer declaracions de qualitat del sòl i per exigir mesures de recuperació s'atribueix indefectiblement “*al órgano ambiental de la CAPV*”. Però no eren aquests el contingut i la disposició dels actes dictats per l'Autoritat Portuària, sinó que pretenien repercutir l'import de les despeses derivades de la descontaminació produïda i sufragada per l'entitat portuària. Doncs bé, pel TSJPB “*cualquiera que sea la modalidad de ejercicio de repetición que un obligado subsidiario ostente para obtener la recuperación de los gastos finalmente imputables al causante material de la contaminación, dicha declaración legal de obligaciones jurídico-administrativas de adoptar las medidas de recuperación no atribuye facultad ni potestad pública alguna a la Administración demandada para ejercitar su eventual derecho de repetición en régimen de autotutela declarativa ejecutiva*”. La llei no atribueix “*ex lege a cualquier*

persona de derecho público o privado la facultad de exaccionar o hacer cumplir la obligación de adoptar medidas de recuperación a los que tengan por causantes de la contaminación, o de repetir contra ellos, puesto que se trata de una obligación de derecho administrativo que ha de hacerse valer por la Administración competente y solo por ella y no por los terceros en vía de autotutela". Davant la conducta de l'Autoritat Portuària (acte administratiu, que indica llocs i formes de pagament, amb un termini voluntari d'ingrés i amb advertència de l'obertura del període executiu) s'afirma que *"carece de todo sustrato legal el empleo atípico y espurio de tales facultades, poderes y prerrogativas compulsorias para obtener una reparación económica extramuros de la actividad de la Administración sectorial competente para imponerla en su caso"*. D'aquí ve l'anul·lació judicial dels actes dictats per l'Autoritat Portuària.

3. Efectes de la publicació de l'informe definitiu d'impacte ambiental

La normativa basca en matèria d'avaluació de plans estableix que l'informe definitiu d'impacte ambiental (que en la legislació estatal s'anomena memòria ambiental) emès per l'òrgan ambiental, no és vinculant però s'ha de tenir en compte. En el cas que ha de resoldre la STSJPB 3475/2010, de 25 de juny (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Rodrigo Landazábal), es planteja la qüestió de quins són els efectes de la publicació oficial de l'informe definitiu esmentat, sense cap resolució referent als aspectes que s'hi assenyalen (que, en el cas concret, eren importants: necessitat d'incloure en el sòl no urbanitzable de normes subsidiàries àrees erosionables, inundables, d'especial interès per al visó europeu, zones de protecció d'aqüífers o zones afectades per activitats extractives) i sense detall dels impactes per les actuacions previstes. Per la Sala, la publicació de l'informe definitiu, juntament amb l'acord d'aprovació definitiva de les normes subsidiàries, *"debe entenderse como asunción por parte del Ayuntamiento (...) del informe definitivo de impacto, sin que conste que existe discrepancia con su contenido"*. Per tant, no hi ha dèficit de motivació en l'acord d'aprovació de les normes subsidiàries (ja que només s'exigeix quan es constaten discrepàncies, cosa que en aquest assumpte no es dona), tot i qüestió diferent és, com a conseqüència d'aquesta assumpció de l'informe, el fet que s'han de realitzar les informacions complementàries que s'hi preveuen.

4. Instal·lació d'antenes de telefonia mòbil i planejament urbanístic municipal

En la STSJPB 1250/2010, de 6 de juliol de 2010 (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Garrido Bengoechea), l'òrgan judicial ha d'afrontar una apel·lació sobre la qüestió següent: si un Ajuntament (el de Portugalete) pot ordenar demolir una antena de telefonia mòbil segons la prohibició que estableix la normativa urbanística municipal que diu que està vetat instal·lar qualsevol element tècnic per sobre d'una alçada màxima, que no tingui per finalitat exclusiva donar servei a l'edifici. La sentència, després de recordar la doctrina del Tribunal Suprem sobre els límits de la competència municipal de planejament urbanístic, la protecció del medi ambient, el patrimoni historicoartístic i la protecció de la salut pública (*“no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas”*), manifesta la il·legalitat de la decisió municipal adoptada *“resulta una obviedad señalar que esta clase de antenas han de estar situadas para su correcto funcionamiento en zonas elevadas del municipio, lo que, en el centro urbano se produce en los tejados de los edificios”*. En conseqüència, *“la norma aplicada por el Ayuntamiento representa, de hecho, una imposibilidad absoluta de instalar esta clase de antenas en los tejados de los inmuebles”* i aquesta impossibilitat està vedada per la jurisprudència, i resulta, per tant, il·legal.

La STSJPB 1259/2010, de 6 de juliol de 2010 (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Rodrigo Landazábal), parteix de pressupostos competencials i jurisprudencials idèntics. L'Ajuntament de Sant Sebastià ordena (el 31 de març de 2009), en el marc d'un procediment sancionador, el cessament cautelar d'una antena de telefonia mòbil d'una empresa a la qual s'havia obert un expedient sancionador per haver-la instal·lat sense llicència d'activitat classificada (tot i que la sol·licitud s'havia presentat). L'empresa insta judicialment la suspensió de l'ordre de cessament, cosa que denega el Jutjat Contenciós i, davant d'això, l'empresa planteja recurs d'apel·lació. El TSJPB dóna la raó a l'empresa i accedeix a la mesura cautelar de suspensió de l'ordre de cessament per diverses raons. El TSJPB reconeix que hi ha una qüestió de fons que excedeix de l'incident: efectuar un pronunciament concloent sobre si la instal·lació està subjecta o no a llicència d'activitat classificada d'acord amb la normativa pròpia de la CAPV. Però en el balanç d'interessos que s'han de ponderar en aquest cas (que enfronta un servei d'interès general amb el dret a un medi ambient adequat, a la protecció de la

salut pública i fins i tot amb la normativa municipal d'urbanisme) *“no se puede obviar la existencia del control sectorial, mediante la autorización del Ministerio de Industria, la existencia de un procedimiento de legalización de la actividad en trámite desde enero de 2009, sin que se haya dictado resolución expresa, el hecho de que se alega (y en principio no se cuestiona) que la instalación estaría amparada en la licencia de obra otorgada a Telefónica, y el que hasta ese momento no se han justificado expresamente las circunstancias urbanísticas que pudieran impedir la legalización, si es que existieran”*. Cal tenir en compte, continua afirmant el TSJPB, que en l'àmbit de la Llei 3/1998, general de protecció del medi ambient del País Basc, *“la clausura de una actividad sin licencia no es automática, si la actividad pudiera legalizarse”*. A més, *“la existencia de una autorización sectorial (...) presupone la existencia, en su caso, de medidas correctoras o de que se está dentro de los límites”*, mientras que el dato de que exista una sol·licitud de licencia desde enero de 2009 también es relevante *“sin que ello presuponga ningún pronunciamiento sobre si ha operado o no el silencio positivo”*.

5. Pistes de bàsquet i mesures correctores de soroll

Un jutjat contenciós administratiu va estimar (al febrer de 2009) el recurs contenciós interposat contra la denegació municipal de la sol·licitud per traslladar les pistes de bàsquet instal·lades en un parc públic de Bilbao, plantejada per una comunitat de propietaris. Va ordenar que, mentre l'Ajuntament no adoptés les mesures adequades que asseguressin l'ús de les pistes per sota del llindar auditiu establert per l'ordenança local de medi ambient, es desmuntessin els taulers de les cistelles per impedir qualsevol pràctica esportiva.

La STSJPB 1428/2010, de 26 d'octubre de 2010 (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Alberdi Larizgoitia), ha de resoldre l'apel·lació contra la interlocutòria del jutjat que, en peça d'execució, denegava l'autorització a l'Ajuntament de Bilbao per reinstal·lar les pistes (amb els taulers) un cop implementades les mesures correctores (execució d'un paviment absorbent, substitució de taulers i xarxes, retirada de cercols a partir de les 22.00 hores, il·luminació nocturna pertorbadora, etc.), i comprovar mitjançant una sèrie de mesures a l'interior d'un habitatge, en les hores en què es juga més a bàsquet, si es compleixen amb els requisits de la sentència. La Sala del TSJPB aprecia que s'ha de concedir l'autorització a l'Ajuntament, ja que si es

denegué, s'impediria que es complís la sentència, que no imposa la retirada definitiva de les pistes de bàsquet, sinó la retirada fins que no s'implementin les mesures correctores necessàries per impedir molèsties als veïns, i, per tant, cal reinstal·lar les cistelles a efectes de comprovar l'eficàcia de les mesures implementades.

6. Serveis mínims en vaga en una incineradora

Com en altres casos ressenyats en cròniques jurisprudencials precedents (vegeu RCDA 1/2010, jurisprudència del País Basc), es planteja judicialment l'abast de l'establiment de serveis mínims amb ocasió d'una vaga convocada que afecta una incineradora (Zabalgardi). El TSJPB no comparteix la tesi del sindicat recurrent, segons la qual, si en les parades tècniques de la planta de valorització, els residus es porten als abocadors, per la mateixa raó es pot fer el mateix durant els set dies de vaga, perquè el tractament de residus mitjançant la planta de valorització es realitza precisament per evitar que es dipositin en abocadors i per evitar les emissions a l'atmosfera que això implica amb dany per al medi ambient i per a la salut. Una cosa és que sigui inevitable enviar els residus als abocadors durant les parades tècniques necessàries i inevitables de la planta, i una altra de molt diferent deduir-ne que el resultat és innocu des de la perspectiva mediambiental i de la salut pública. És raonable concloure que aquests abocaments a l'abocador durant les parades constitueixen un mal inevitable, que no converteix en bona la solució proposada pel sindicat recurrent des de la perspectiva de la protecció del medi ambient i la salut.

Ara bé, el sindicat recurrent planteja, de manera subsidiària, que n'hi hauria prou a dipositar els residus a la fossa de què disposa l'empresa, ja que està prevista per emmagatzemar residus corresponents a vuit dies, mentre que la vaga és de set dies de durada. En aquest aspecte, el Tribunal dóna la raó al sindicat, perquè l'ordre de serveis mínims objecte de recurs no conté cap motivació expressa sobre la necessitat d'incinerar els residus després d'haver-los recollit de la fossa (STSJPB 4432/2010 i 4433/2010, de 23 de novembre de 2010, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Alberdi Larizgoitia).

7. Llicència d'activitats classificades i compliment de mesures correctores

7.1. Abast de la competència municipal per imposar mesures correctores

En la normativa basca sobre llicència d'activitats classificades, la imposició de mesures correctores correspon a l'òrgan ambiental del Govern basc o de la Diputació Foral (en aquest cas quan es despleguen en sòl urbà residencial). L'adopció d'aquestes mesures pot delegar en els ajuntaments que tinguin serveis adequats, com va fer la Diputació Foral de Biscaia en favor de l'Ajuntament de Bilbao respecte de les activitats classificades en sòl urbà residencial.

La STSJPB 1256/2010, de 13 de juliol de 2010 (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Ruiz Ruiz), estableix que aquesta delegació només pot abastar la imposició de mesures correctores en matèries que siguin competència foral, sense que la delegació justifiqui que l'Ajuntament pugui fixar mesures correctores en matèries residenciades en les institucions comunes de la CAPV. Així, es declara judicialment la nul·litat de determinades mesures correctores imposades per l'Ajuntament de Bilbao, en la llicència d'activitat concedida a una empresa funerària per a l'activitat de crematori, mesures que tenen a veure amb competències del Govern basc en matèria de sanitat mortuòria (control previ del cadàver i del fèretre) i en matèria de qualitat de l'aire i de prevenció de la contaminació atmosfèrica derivada de l'activitat d'incineració. Fins i tot, encara que les mesures imposades per l'Ajuntament es deduïssin de la legislació bàsica en aquestes matèries, no serien legals, ja que es traslladaria a l'empresa la impressió que l'Ajuntament les podria revisar en qualsevol moment.

7.2. Relació amb la llicència d'obres

Com és sabut, la Llei 3/1998, general de protecció del medi ambient del País Basc, estableix que la llicència d'activitats classificades s'ha d'atorgar prèviament a la llicència d'obres. Si les obres realitzades no s'ajusten al projecte d'obres presentat, es pot dictar una ordre municipal de restauració urbanística posterior a la concessió de la llicència d'activitat, però "*solo en el caso de que la falta de ajuste entre el proyecto de actividad y la edificación realmente ejecutada afectare a la viabilidad de la actividad a desarrollar*", les discordances en l'execució del projecte d'obres tindrien eficàcia

anul·latòria de la llicència d'activitat (STSJPV 1560/2010, de 16 de setembre, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Díaz Pérez).

Amb posterioritat a la llicència d'obres, l'Ajuntament, després de la visita per comprovar que les obres s'adapten a les mesures correctores, ha d'atorgar la llicència d'obertura o de funcionament. La denegació d'una llicència d'obres de canalització de fecals, que resulta necessària des del prisma mediambiental, per l'exclusiva raó que l'activitat no té llicència d'obertura o de funcionament, no té justificació, ja que l'Ajuntament no ignora, en el cas concret, el funcionament des de fa més de quaranta anys de la planta (la central tèrmica de Pasajes) (STSJPB 4194/2010, de 17 de novembre de 2010, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Alberdi Larizgoitia).

7.3. Límit d'emissió a l'atmosfera

En la STSJPB 3618/2010, de 16 de juny de 2010 (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Garrido Bengoechea), es ratifica la legalitat de la suspensió de l'activitat d'una empresa que gestiona vehicles al final de la vida útil, ja que va contravenir algunes de les condicions que es van imposar com a mesures correctores en la llicència d'activitat. Però, respecte d'una, l'incompliment de la condició de la màquina trituradora o del fet de superar el límit d'emissió a l'atmosfera de 150mg/Nm³, *“por sí mismo, podría no justificar la medida de suspensión de la actividad adoptada”*.

7.4. Mesures de desodoració

En una llicència d'activitat es pot imposar com a mesura correctora l'adopció de mesures de desinfecció i desodoració amb la freqüència necessària per evitar olors als veïns, cosa que, de fet, comporta que l'activitat és admissible i que, d'acord amb l'estat de la ciència i de tècnica, cal adoptar mesures que redueixin les olors a límits raonables. Per proclamar la il·legalitat d'una llicència, no n'hi ha prou a afirmar que, malgrat les mesures adoptades, es continuen causant molèsties, sinó que cal acreditar que no s'han adoptat les mesures exigides per la llicència d'activitat, que s'han omès mesures possibles i necessàries. Sobretot perquè l'actual marc legislatiu no preveu un paràmetre legal que constitueixi el límit de l'afecció admissible, encara que acostumin a haver-hi

molèsties a partir de 5uoE/m3 (STSJPB 1571/2010, de 26 d'octubre, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Alberdi Larizgoitia).

7.5. Imposició d'un període de tancament obligatori

Una mesura correctora específica com és imposar un període de tancament obligatori de sis hores a comptar de l'horari de tancament màxim de la discoteca i aplicable a tot el complex, que garanteixi el descans dels veïns i usuaris del polígon industrial on està situat l'edifici, és legítima i està emparada en les potestats d'autoorganització de la Diputació Foral. Així ho indica la STSJPB 1248/2010, de 15 de juliol (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Garrido Bengoechea), en un cas curiós en què en dos locals contigus (comunicats amb una porta interior), cada un amb llicència d'activitats classificades, s'utilitzaven successivament com a sala de festes i com a pub restaurant, amb la qual cosa eludien els límits horaris i generaven un frau de llei que causava molèsties als veïns.

7.6. Sanció contra una activitat classificada sense llicència

El desenvolupament d'una activitat classificada sense llicència preceptiva i amb la imposició de les mesures correctores oportunes no queda resolt pel fet del consentiment de l'autoritat municipal, encara que sigui durant molts anys, ni perquè s'hagin seguit procediments o autoritzacions en altres àmbits, fins i tot la seva legalitat en l'àmbit tributari, atès que res d'això no implica la llicència preceptiva, quan no consta que s'hagi demanat (STSJPB 4177/2010, de 10 de novembre de 2010, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, ponent: Ruiz Ruiz).