2.4. JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN ANDALUCÍA (pp. 2-9)

2.4. JURISPRUDÈNCIA AMBIENTAL A ANDALUSIA (pp. 10-16)

LORENZO MELLADO RUIZ

Profesor titular de Derecho Administrativo / Professor titular de Dret Administratiu

Universidad de Almería

Sumario: 1. Concepto y naturaleza jurídica de las autorizaciones de vertido. 2. Autorizaciones para el aprovechamiento de recursos minerales y aplicación preferente de la normativa sectorial. 3. Prevención de incendios, daños ambientales y responsabilidad patrimonial de la Administración. 4. Prescripción de infracciones en materia de utilización del dominio público hidráulico. 4.1. Prescripción de infracciones permanentes. 4.2. Suspensión del plazo de prescripción. 5. Discrecionalidad administrativa en materia de planificación viaria y espacios naturales protegidos. 6. Irrelevancia de los defectos formales de la actividad probatoria en materia sancionadora de vertidos contaminantes. 7. Requisitos normativos para la declaración de una Zona de Especial Protección para Aves.

Dada la imposibilidad técnica de referenciar la jurisprudencia ambiental del TSJA del primer semestre del año 2010 (en el número anterior de la revista), se ha optado por incluir en esta crónica el conjunto de sentencias más relevantes aparecidas en el ámbito de Andalucía desde el 1 de enero de 2010. Se enlaza así con el contenido (sustantivo y temporal) analizado en el número anterior.

1. Concepto y naturaleza jurídica de las autorizaciones de vertido

Aunque el caso resuelto no es excesivamente complejo, la Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 4 de febrero de 2010, rec. 354/2006, destaca por incorporar una expresa valoración acerca del sentido, el alcance y la funcionalidad de las autorizaciones de vertidos al dominio público hidráulico.

La Sentencia trae causa del recurso frente a una resolución del presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 2 de marzo de 2006, por la que se aprueba una nueva autorización de vertidos al río Ojailén de los efluentes resultantes de la actividad industrial de una planta de gasificación integrada en ciclo combinado ubicada en Puertollano. La nueva autorización, más restrictiva que la anterior, establece nuevos niveles máximos de vertidos de selenio y cianuros, y se desestima el recurso sobre la base de la siguiente consideración nuclear: "la voluntad del legislador de suprimir o, al menos, reducir gradualmente, los vertidos". El TSJA induce una voluntad legislativa de progresiva reducción o minimización de la actividad de vertidos del análisis de los preceptos legales aplicables al caso. Los objetivos generales de este grupo normativo "justifican la reducción de los límites del vertido, aunque, por otra parte, el río en cuestión haya perdido una protección específica, por interés ciprinícola". Los principios generales de la normativa sobre aguas imponen, pues, una interpretación restrictiva y racional sobre el conjunto de sus previsiones específicas, incluso ante la

ausencia de medidas o previsiones de protección o salvaguarda de contenido concreto. Porque, sigue razonando la Sentencia, "la autorización de vertidos no es un acto rigurosamente reglado, que, cumpliéndose unas determinadas circunstancias objetivas, deba otorgarse. Por el contrario, la Administración goza de cierta discrecionalidad para otorgar o negar la autorización. Si la otorga, debe sujetar el vertido a determinadas condiciones o límites para la consecución de los objetivos medioambientales establecidos", teniendo en cuenta, además, que los umbrales límite de emisión de vertidos tienen, en todo caso, naturaleza variable y dependen realmente del estado del cauce. La Sentencia ofrece, pues, una interpretación restrictiva de las autorizaciones de vertido, en consonancia con los principios inspiradores (de protección y garantía de su calidad) del actual grupo normativo sobre el demanio hídrico continental, para cuya articulación se reconoce un cierto margen de interpretación y condicionalización de la Administración pública a la hora de su concesión individual.

2. Autorizaciones para el aprovechamiento de recursos minerales y aplicación preferente de la normativa sectorial

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 324/2010, de 15 de febrero, JUR/2010/185447, considera que la resolución de un conflicto procesal sobre el presunto otorgamiento de un permiso de investigación de recursos minerales de la sección C) debe basarse en la normativa especial reguladora de estos.

3. Prevención de incendios, daños ambientales y responsabilidad patrimonial de la Administración

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 4 de marzo de 2010, JUR/2010/268540, desestima una pretensión de indemnización por los daños causados en una finca a consecuencia de un incendio forestal, por inexistencia de nexo causal entre estos y la actividad de prevención de la Junta de Andalucía, así como por la ausencia del requisito clave de la antijuridicidad de la actuación pública. Señala la Sentencia, además, que, aparte de existir una previa planificación para la prevención de

incendios forestales en la zona, el origen y la fuerza del incendio no se deben a una supuesta inexistencia o defectuosa actividad de prevención, sino más bien a la probable intervención maliciosa de un tercero. Se confirma, así, la línea jurisprudencial previa de modulación, en estos supuestos, del carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública: no basta la simple constatación de un mínimo funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino que se exige una vinculación directa de los daños con la acción u omisión de la Administración y la propia relevancia fáctica de su falta de diligencia o previsión.

4. Prescripción de infracciones en materia de utilización del dominio público hidráulico

4.1. Prescripción de infracciones permanentes

Según la Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 18 de marzo de 2010, rec. 85/2008, el cómputo del plazo de prescripción de las infracciones en materia de utilización del dominio público hidráulico dependerá del propio carácter y naturaleza de la infracción. En el caso concreto, lo que se imputa es "tener en explotación una captación de aguas subterráneas" sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa, por lo que se trata de una "infracción continuada", no siendo aplicable, por lo tanto, la regla general de calificación del *dies a quo* como "el día en que la infracción se hubiera cometido". No hay, pues, prescripción de la infracción, aunque se tuviera conocimiento de los hechos desde antes del plazo establecido en la ley para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Como ha sostenido la jurisprudencia en interpretación del artículo 132 LRJAP, cuando se trata de infracciones instantáneas el día del comienzo del cómputo de prescripción es, lógicamente, el día en que efectivamente se produjo la infracción, y ello con independencia de la fecha en que la Administración tenga o no conocimiento de su comisión. Lo relevante es el hecho y la fecha de producción. Pero en el caso de infracciones permanentes, como es el caso reseñado, al prorrogarse o extenderse sus efectos en el tiempo se produce, realmente, una diversificación o intensificación de la voluntad infractora del sujeto: habría, así, una primera infracción al realizar o

materializar los elementos del tipo administrativo afectado, pero, además, una voluntad de continuación, al no poner fin a la infracción eliminando los efectos contrarios a derecho. Por esta razón, en tanto no conste la cesación de la infracción, no habrá tenido lugar el inicio del cómputo del plazo de prescripción, y, además, el plazo se renueva hasta que la conducta que determina la infracción cese de forma definitiva.

Se ha querido distinguir, por otro lado, las infracciones permanentes de las infracciones continuadas, que es la calificación sostenida aquí por el TSJA. En las permanentes, lo que persiste son los efectos de la acción, y, con ellos, la situación ilícita, mientras que en las continuadas, lo que existe es una reiteración de la acción u omisión infractora. En el caso planteado, y más allá de la calificación apuntada, se producen ambos efectos, de continuación y reiteración de la acción, y de producción de los efectos infractores sin solución de continuidad.

4.2. Suspensión del plazo de prescripción

Al no tratarse de la mera ejecución de obras cuya terminación iniciaría la prescripción de la infracción (acción instantánea), sino de la utilización continuada de aguas — acreditada incluso en el momento de levantamiento del acta de inspección—, no cabe alegar la prescripción, no siendo, además, la denuncia de particulares la que la inicia, sino el acuerdo administrativo de iniciación. Como dice expresamente la Sentencia, "no puede afirmarse que desde la comisión de la infracción hasta el inicio del procedimiento sancionador, hubiera transcurrido el plazo de prescripción, por la razón de que la sancionada ejercitó su actividad infractora de modo continuado; en efecto, no cabe hablar de abandono de la acción por parte de la Administración, porque la demandante ha venido utilizando los pozos sin autorización, hecho constitutivo de infracción administrativa, ininterrumpidamente".

5. Discrecionalidad administrativa en materia de planificación viaria y espacios naturales protegidos

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 25 de marzo de 2010, rec. 575/2007, se enfrenta al problema de la compatibilidad entre los

márgenes propios de apreciación de la actividad discrecional de la Administración pública, en el caso concreto de la planificación y el trazado de una vía de comunicación, y las exigencias de protección integrada de los espacios naturales protegidos. Parte la Sentencia de reconocer, abiertamente, la "elevada discrecionalidad en la planificación viaria", señalando que es la Administración la que debe definir las características de los esquemas viarios para poder concretar el trazado de las carreteras, seleccionando "la opción que considere más razonable a la vista de todos los intereses en juego". Y ello, además, sin necesidad de una motivación expresa de la opción elegida. En mi opinión, sin embargo, la Sentencia incurre en dos errores: en primer lugar, no basta la "motivación indirecta" aducida por la Sentencia, basada en la existencia —lógica por otra parte— del informe técnico correspondiente y de la contestación en este a las alegaciones planteadas en el período de información pública. La motivación suficiente de una resolución administrativa, también de las discrecionales, exige la ponderación y la valoración adecuadas de todos los elementos y criterios presentes en el procedimiento, y la propia argumentación lógica de la Administración de la oportunidad y el acierto de la opción elegida, que no se puede identificar ya, de acuerdo con las modernas tendencias de análisis de los procesos de toma de decisiones, como un "indiferente jurídico", sino como la mejor decisión para la correcta y suficiente protección o satisfacción de los intereses públicos en juego. La "motivación suficiente" constituye, así, el criterio central de legitimación material de las decisiones administrativas. Y debe recaer, por lo tanto, sobre el conjunto del procedimiento y anudarse a la resolución terminal. No puede entenderse, como hace la Sentencia, por motivación suficiente a los efectos del artículo 54 LRJAP la contestación —parcial, limitada y anterior— a las alegaciones públicas efectuada en el informe técnico base de la decisión final. Pero es que, además, y en segundo lugar, no es que la Administración tenga libertad para "seleccionar la opción que considere más razonable", sino que "deberá" optar por la más razonable y ajustada a la efectiva materialización o satisfacción de los intereses generales afectados. No hay, por lo tanto, mera conjunción abierta de "todos los intereses en juego", sino prevalencia siempre de los intereses generales, a cuya consecución material debe encauzarse siempre la acción administrativa, perfilada en la ley con mayor o menor margen de apreciación.

Por otro lado, entiende la Sentencia también que con la modificación del trazado de una carretera ya existente no hay realmente vulneración de la normativa sobre inventario y protección de los espacios naturales protegidos de Andalucía, ni afectación, en atención al informe técnico aportado, a la normativa sobre protección de bienes y elementos culturales.

6. Irrelevancia de los defectos formales de la actividad probatoria en materia sancionadora de vertidos contaminantes

Aun admitiendo la existencia de jurisprudencia contradictoria o ambivalente, la Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 25 de marzo de 2010, rec. 421/2008, apunta a una relativa flexibilización de los mecanismos de prueba en orden a la imposición de una sanción administrativa por la realización de vertidos contaminantes. Frente a las alegaciones de insuficiencia de la prueba y vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la Sentencia considera, aun apartándose de la propia normativa reglamentaria considerada vigente en esta materia, como innecesaria la toma de tres muestras —para la verificación del vertido y sus efectos— al estimarla —de forma discutible, al menos— como un "procedimiento no imperativo" (estamos hablando de órdenes técnicas del Ministerio de Obras Públicas de 1960 y 1962, formalmente no derogadas) y considerar que "lo relevante es que conste demostrada la toma de muestras y su correspondiente análisis". Prima, pues, el resultado probatorio y la acreditación del hecho y sus efectos sobre los posibles —y en este caso admitidos— defectos o insuficiencias formales del procedimiento de realización de la prueba, acto de instrucción y, a la vez, garantía esencial de defensa —y desvirtuación de la imputación— de los presuntos infractores dentro del procedimiento sancionador. Además, sigue la Sentencia, "la toma de muestras no se produjo en presencia de un representante de la sociedad recurrente", al no poder estar presente en el lugar del vertido en el momento de la inspección. A pesar de estos "defectos procesales", la actividad probatoria se considera suficiente, desde una perspectiva funcional y material, para fundar un adecuado y razonable juicio de culpabilidad, y, en definitiva, para ratificar la sanción administrativa recurrida.

7. Requisitos normativos para la declaración de una Zona de Especial Protección para Aves

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 8 de abril de 2010, rec. 794/2008, es importante porque resuelve la impugnación de una norma reglamentaria, y se pronuncia sobre diferentes aspectos y condicionantes, tanto formales como materiales, del procedimiento de declaración de una Zona de Especial Protección para Aves (ZEPA). Una vez admitida la legitimación de la entidad recurrente (ASAJA) al acreditarse debidamente su interés legítimo (colindancia de las fincas de sus asociados con el área de protección), la Sentencia pasa revista a una serie de requisitos necesarios para la declaración del espacio natural protegido.

En la demanda se alega que no existe memoria económica en la fase de elaboración del Decreto, momento adecuado para la correcta valoración proactiva de la viabilidad económica de la decisión pública. La Sentencia señala, sin embargo, que sí existe una memoria justificativa funcional y económica, y una memoria económica (parece que en sentido estricto), omitiendo, no obstante, cualquier referencia a su existencia previa o a su naturaleza de documento condicionante durante el procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria. Pero la Sentencia va más allá: lo que importa es que, en el momento que sea, haya una memoria técnica, sin más, sin que importe "si la misma acierta en poner de manifiesto debidamente evaluados cuantos datos resulten precisos para conocer las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución". El TSJA relativiza, así, tanto el carácter previo y condicionante de las memorias económicas de los proyectos de normas, como, más grave aún, la suficiencia o integridad de su contenido.

Lo que importa, parece, es que la memoria exista y conste en el expediente, no tanto que esté completa y adecuadamente elaborada y que realmente condicione el contenido de la norma reglamentaria respectiva. El propio FJ 4.º termina así: "Los posibles errores u omisiones de la memoria no determinan la nulidad del procedimiento, ya que la

memoria, aunque ciertamente breve, existe". Estos defectos no pueden considerarse, a mi juicio, como meras irregularidades formales del procedimiento de elaboración de la norma, sino omisiones relevantes de criterios materiales esenciales desde el punto de vista, tan necesario, de la "buena regulación". Es posible que un error dentro de una "breve" memoria económica no tenga por qué conllevar la nulidad de todo el procedimiento; pero también podría ser probable que una "omisión" de datos o informaciones dentro de esta, a pesar de existir, pudiera desvirtuar completamente la razonabilidad material o la conveniencia del sentido de la resolución normativa final.

Se alegaba también en la demanda que no existía el correspondiente plan de ordenación de los recursos naturales. Y el FJ 5.º ratifica, también de forma dudosa, la solución acordada por la norma impugnada al señalar que, como reseña el propio Decreto, el mismo se considera plan de gestión. Aunque estos no sean obligatorios en el caso de las ZEPA, realmente resulta incongruente admitir que la norma específica para su creación puede actuar, a la vez, como instrumento pormenorizado de ordenación y de gestión de los recursos y elementos naturales afectados.

Se admite también en la Sentencia que el régimen de comunicaciones y autorizaciones del artículo 11 puede inducir a error, por su defectuosa redacción, pero sin que ello conlleve, tampoco, la nulidad del Decreto.

Y, finalmente, la alegación más discutible y subjetiva: el ámbito de extensión mayor o menor del área de protección, en atención a los fines perseguidos por el Decreto. Tampoco aquí entra la Sentencia a desvirtuar o aclarar el fondo de la impugnación. Se limita a calificar de irrelevantes o insuficientes ciertos errores para conllevar la declaración de nulidad de la norma reglamentaria. Como se dice en su parte final: "Estos razonamientos de la demanda no ponen de manifiesto errores evidentes, que dejen patente, incluso para alguien absolutamente lego en la materia, que el informe induce a la creación de una zona de protección a todas luces innecesaria". Se admite, implícitamente, la existencia de errores, pero se califican como no evidentes o no trascendentales, incluso para un tercero, desde el punto de vista de la finalidad del Decreto y de la propia necesidad de la creación del área de protección señalada.

Y continúa: "Sólo se podría convenir en que determinados aspectos o apreciaciones del informe podrían justificar otras soluciones en cuanto al tamaño y distribución de la

Zona, distintas a las decididas por la Administración [...]. Pero tal eventualidad no es una causa que determine la nulidad del Decreto". La decisión judicial es discutible, puesto que se reconoce la existencia de errores, e, incluso, la existencia de otras alternativas, aunque sin mencionar el ejercicio de una potestad discrecional por parte de la Administración. Sin embargo, dada su irrelevancia anulatoria —aunque sí material y sustantiva—, no se entra en su valoración al denegar la declaración de nulidad del Decreto.

Sumari: 1. Concepte i natura jurídica de les autoritzacions d'abocament. 2. Autoritzacions per a l'aprofitament de recursos minerals i l'aplicació preferent de la normativa sectorial. 3. Prevenció d'incendis, danys ambientals i responsabilitat patrimonial de l'Administració. 4. Prescripció d'infraccions pel que fa a la utilització del domini públic hidràulic. 4.1. Prescripció d'infraccions permanents. 4.2. Suspensió del termini de prescripció. 5. Discrecionalitat administrativa en matèria de planificació viària i espais naturals protegits. 6. Irrellevància dels defectes formals de l'activitat probatòria en matèria sancionadora d'abocaments contaminants. 7. Requisits normatius per a la declaració de zona d'especial protecció per a aus.

Atesa la impossibilitat tècnica de referenciar la jurisprudència ambiental del Tribunal Suprem de Justícia d'Andalusia del primer semestre de l'any 2010 (en el número anterior de la Revista), hem optat per incloure en aquesta crònica el conjunt de sentències més rellevants aparegudes en l'àmbit d'Andalusia a partir de l'1 de gener de 2010. Enllacem així amb el contingut (substantiu i temporal) analitzat en el número anterior.

1. Concepte i natura jurídica de les autoritzacions d'abocament

Tot i que el cas resolt no és excessivament complex, la Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 3a) de 4 de febrer de 2010, rec. 354/2006, destaca per haver incorporat una valoració expressa sobre el sentit, l'abast i la funcionalitat de les autoritzacions d'abocaments al domini públic hidràulic.

La sentència porta causa del recurs enfront de la resolució del president de la Confederació Hidrogràfica del Guadalquivir de 2 de març de 2006, per la qual s'aprova una nova autorització d'abocaments al riu Ojallén, dels efluents resultants de l'activitat industrial de la planta de gasificació integrada en cicle combinat ubicada a Puertollano. La nova autorització, més restrictiva que l'anterior, estableix nous nivells màxims d'abocament de seleni i cianurs, i es desestima el recurs basant-se en la consideració nuclear següent: "la voluntad del legislador de suprimir o, almenos, reducir gradualmente, los vertidos". El TSJA indueix la voluntat legislativa de progressiva reducció o minimització de l'activitat d'abocaments de l'anàlisi dels preceptes legals aplicables en aquest cas. Els objectius generals d'aquest grup normatiu "justifican la reducción de los límites del vertido, aunque, por otra parte, el río en cuestión haya perdido una protección específica, por interés ciprinícola". Per tant, els principis generals de la normativa sobre aigües imposen una interpretació restrictiva i racional sobre el conjunt de les previsions específiques, fins i tot davant l'absència de mesures o previsions de protecció o de salvaguarda de contingut concret. Perquè, la sentència continua dient, "la autorización de vertidos no es un acto rigurosamente reglado, que, cumpliéndose unas determinadas circunstancias objetivas, deba otorgarse. Por el contrario, la Administración goza de cierta discrecionalidad para otorgar o negar la autorización. Si la otorga, debe sujetar el vertido a determinadas condiciones o límites para la consecución de los objetivos medioambientales establecidos", tenint en compte, a més a més, que els llindars límit d'emissió d'abocaments, en tot cas, tenen natura variable, i depenen realment de l'estat de la llera. La sentència, doncs, ofereix una interpretació restrictiva de les autoritzacions d'abocament, d'acord amb els principis inspiradors (de protecció i garantia de la qualitat) de l'actual grup normatiu sobre el demani hídric continental, per a l'articulació del qual es reconeix un cert marge d'interpretació i de condicionalització de l'Administració pública a l'hora de la concessió individual.

2. Autoritzacions per a l'aprofitament de recursos minerals i l'aplicació preferent de la normativa sectorial

La Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 1a) núm. 324/2010, de 15 de febrer, JUR/2010/185447, considera que la resolució d'un conflicte processal sobre l'atorgament presumpte d'un permís d'investigació de recursos minerals de la secció C) ha de residenciar la normativa especial reguladora.

3. Prevenció d'incendis, danys ambientals i responsabilitat patrimonial de l'Administració

La Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 3a) de 4 de març de 2010, JUR/2010/268540, desestima la pretensió d'indemnització pels danys causats en una finca a conseqüència d'un incendi forestal, perquè no exisitia nexe causal entre els danys i l'activitat de prevenció de la Junta d'Andalusia, així com l'absència del requisit clau de l'antijuridicitat de l'actuació pública. La sentència assenyala, a més a més, que, a banda de la planificació prèvia per prevenir incendis forestals a la zona, l'origen i la força de l'incendi no es deuen a la suposada inexistència o defectuosa activitat de prevenció, sinó més aviat a la probable intervenció maliciosa d'una tercera persona. Així, es confirma la línia jurisprudencial prèvia de modulació, en aquests supòsits, del caràcter objectiu de la responsabilitat extracontractual de l'Administració pública: no n'hi ha prou amb la simple constatació del funcionament mínim anormal dels serveis públics, sinó que s'exigeix la vinculació directa dels danys amb l'acció o l'omissió de l'Administració i la pròpia rellevància fàctica de la falta de diligència o previsió.

4. Prescripció d'infraccions pel que fa a la utilització del domini públic hidràulic

4.1. Prescripció d'infraccions permanents

Segons la Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 3a) de 18 de març de 2010, rec. 85/2008, el còmput del termini de prescripció de les infraccions pel que fa a la

utilització del domini públic hidràulic depèn del caràcter propi i de la natura de la infracció. En el cas concret, el que s'imputa és "tener en explotación una captación de aguas subterráneas", sense haver obtingut la corresponent autorització administrativa, per la qual cosa es tracta d'una "infracción continuada", I la regla general de qualificació del dies a quo com "el dia en que la infracción se hubiera cometido" no és aplicable. Per tant, no hi ha prescripció de la infracció, encara que es tingués coneixement dels fets des d'abans del termini que estableix la llei per exercir la potestat sancionadora.

Com ha mantingut la jurisprudència en la interpretació de l'article 132 LRJAP, quan es tracta d'infraccions instantànies, el dia que comença el còmput de prescripció és, lògicament, el dia que, efectivament, es va produir la infracció, amb independència de la data en què l'Administració tingui o no tingui coneixement de la comissió. Els aspectes rellevants són el fet i la data de producció. Però en infraccions permanents, com és el cas ressenyat, en prorrogar-se o estendre's els efectes en el temps, realment, es diversifica o s'intensifica la voluntat infractora del subjecte: així, hi hauria, la primera infracció quan es realitzen o es materialitzen els elements del tipus administratiu afectat, però, a més a més, la voluntat de continuar, ja que no es posa fi a la infracció eliminant-ne els efectes contraris a dret. Per aquesta raó, fins que no consti la cessació de la infracció, el còmput del termini de prescripció no comença, i, a més a més, el termini es renova fins que la conducta que determina la infracció no cessi de forma definitiva.

D'altra banda, s'han volgut distingir les infraccions permanents de les infraccions continuades, segons la qualificació del TSJA. En les permanents, el que persisteix són els efectes de l'acció, i, amb aquests, la situació il·lícita, mentre que en les continuades el que existeix és la reiteració de l'acció o l'omissió infractora. En el cas que s'ha plantejat, i més enllà de la qualificació que s'ha apuntat, es produeixen ambdós efectes, de continuació i reiteració de l'acció, i de producció dels efectes infractors sense solució de continuïtat.

4.2. Suspensió del termini de prescripció

Com que no es tracta de la mera execució d'obres l'acabament de les quals iniciaria la prescripció de la infracció (acció instantània), sinó de la utilització continuada d'aigües, acreditada fins i tot en el moment d'aixecar l'acta d'inspecció, no cal al·legar-ne la prescripció, per la qual cosa, a més a més, la denúncia de particulars no és la que l'inicia, sinó que és l'acord administratiu d'iniciació. Com diu expressament la sentència, "no puede afirmarse que desde la comisión de la infracción hasta el inicio del procedimiento sancionador, hubiera transcurrido el plazo de prescripción, por la razón de que la sancionada ejercitó su actividad infractora de modo continuado; en efecto, no cabe hablar de abandono de la acción por parte de la Administración, porque la demandante ha venido utilizando los pozos sin autorización, hecho constitutivo de infracción administrativa, ininterrumpidamente".

5. Discrecionalitat administrativa en matèria de planificació viària i espais naturals protegits

La Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 3a) de 25 de març de 2010, rec. 575/2007, s'enfronta al problema de la compatibilitat entre els marges propis d'apreciació de l'activitat discrecional de l'Administració pública, en el cas concret de la planificació i traçat d'una via de comunicació, i les exigències de protecció integrada dels espais naturals protegits. La sentència parteix de reconèixer, obertament, l'"elevada discrecionalidad en la planificación viaria", i assenyala que és l'Administració la que ha de definir les característiques dels esquemes viaris per poder concretar el traçat de les carreteres, i seleccionar "la opción que considere más razonable a la vista de todos los intereses en juego". I això, a més a més, sense necessitat de cap motivació expressa de l'opció triada. Al meu parer, no obstant això, la sentència incorre en dos errors: en primer lloc, no n'hi ha prou amb la "motivación indirecta" que addueix, basada en l'existència de l'informe tècnic corresponent —lògica, d'altra banda— i de la contestació a les al·legacions plantejades en el període d'informació pública. La motivació suficient de les resolucions administratives, també de les discrecionals, exigeix la ponderació i la valoració adequada de tots els elements i dels criteris presents en el procediment, i la pròpia argumentació lògica de l'Administració de l'oportunitat i l'encert de l'opció triada, que ja no es pot identificar, d'acord amb les tendències d'anàlisi modernes dels processos de presa de decisions, com l'"indiferente jurídico", sinó com la millor decisió per a la protecció o satisfacció correcta i suficient dels interessos públics en joc. La "motivación suficiente", per tant, constitueix el criteri central de legitimació material de les decisions administratives. I ha de recaure, llavors, sobre el conjunt del procediment, i nuar-se a la resolució terminal. La contestació —parcial, limitada i anterior— a les al·legacions públiques efectuada en l'informe tècnic base de la decisió final no pot entendre's per motivació suficient als efectes de l'article 54 LRJAP, com fa la sentència. Però, és que, a més a més, i en segon lloc, no és que l'Administració tingui llibertat per "seleccionar la opción que considere más razonable", sinó que ha d'optar per la més raonable i ajustada a materialització o satisfacció efectiva dels interessos generals afectats. Per tant, no hi ha, conjunció oberta de "todos los intereses en juego", sinó que sempre prevalen els interessos generals, a la consecució material dels quals ha de canalitzar-se sempre l'acció administrativa, perfilada en la llei amb un marge d'apreciació més gran o més petit.

D'altra banda, la sentència entén també que amb la modificació del traçat d'una carretera existent, realment no es vulnera la normativa sobre l'inventari i la protecció dels espais naturals protegits a Andalusia, ni hi ha afecció a la normativa sobre protecció de béns i elements culturals, en consideració a l'informe tècnic aportat.

6. Irrellevància dels defectes formals de l'activitat probatòria en matèria sancionadora d'abocaments contaminants

Fins i tot admetent l'existència de jurisprudència contradictòria o ambivalent, la Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 3a) de 25 de març de 2010, rec. 421/2008, apunta la flexibilització relativa dels mecanismes de prova amb vista a la imposició d'una sanció administrativa per haver realitzat abocaments contaminants. Enfront de les al·legacions d'insuficiència de la prova i de vulneració del dret a la presumpció d'innocència, la sentència considera innecessària, tot i apartar-se de la normativa reglamentària pròpia considerada vigent en aquesta matèria, la presa de tres mostres --per verificar l'abocament i els efectes--, basantse en la consideració —discutible, almenys— que es tracta d'un "procedimento no imperativo" (ens referim a ordres tècniques del Ministeri d'Obres Públiques de 1960 i 1962, no derogades formalment) i que "lo relevante es que conste demostrada la toma de muestras y su correspondiente análisis". Per tant, s'afavoreixen el resultat probatori i l'acreditació del fet i dels seus efectes sobre els possibles defectes —i en aquest cas admesos— o insuficiències formals del procediment de realització de la prova, acte d'instrucció i, alhora, garantia essencial de defensa dels presumptes infractors en el procediment sancionador —i desvirtuació de la imputació. A més a més, la sentència continua dient que "la toma de muestras no se produjo en presencia de un representante de la sociedad recurrente", per la impossibilitat d'assitir al lloc de l'abocament en el moment de la inspecció. Malgrat aquests "defectos procesales", l'activitat probatòria es considera suficient, des d'una perspectiva funcional i material, per fundar un judici de culpabilitat adequat i raonable, i, en definitiva, per ratificar la sanció administrativa recorreguda.

7. Requisits normatius per a la declaració de zona d'especial protecció per a aus

La Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 3a), de 8 d'abril de 2010, rec. 794/2008, és important perquè resol la impugnació d'una norma reglamentària, i es pronuncia sobre diferents aspectes i condicionants, tant formals com materials, del procediment de declaració d'una zona d'especial protecció per a aus (ZEPA). Un cop admesa la legitimació de l'entitat recurrent (ASAJA), ja que se'n va acreditar degudament l'interès legítim (contigüitat de les finques dels associats amb l'àrea de protecció), la sentència passa revista a una sèrie de requisits necessaris per a la declaració de l'espai natural protegit. En la demanda s'al·lega que no hi ha cap memòria econòmica en la fase d'elaboració del decret, moment adequat per a la correcta valoració proactiva de la viabilitat econòmica de la decisió pública. La sentència assenyala, no obstant això, que la memòria justificativa funcional i econòmica, i la memòria

econòmica (sembla que en sentit estricte) sí que hi són, i omet, no obstant això, qualsevol referència a l'existència prèvia o a la natura del document condicionant durant el procediment d'elaboració de la norma reglamentària. Però la sentència va més enllà: el que importa és que, en el moment que sigui, hi hagi la memòria tècnica, sense més, sense que importi "si la misma acierta en poner de manifiesto debidamente evaluados cuantos datos resulten precisos para conocer las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución". El TSJA relativitza, així, tant el caràcter previ i condicionant de les memòries econòmiques dels projectes de normes, com, més greu encara, la suficiència o la integritat del contingut. El que importa, sembla, és que la memòria existeixi i consti en l'expedient, no tant que estigui completa i adequadament elaborada, i, que realment condicioni el contingut de la norma reglamentària respectiva. El mateix FJ 4t acaba així: "Los posibles errores u omisiones de la memoria no determinan la nulidad del procedimiento, ya que la memoria, aunque ciertamente breve, existe". Aquests defectes no poden considerar-se, al meu parer, com a meres irregularitats formals del procediment d'elaboració de la norma, sinó omissions rellevants de criteris materials essencials des del punt de vista, tan necessari, de la "buena regulación". És possible que un error en una "breve" memòria econòmica no comproti la nul·litat de tot el procediment; però també podria ser probable que l'"omisión" de dades o d'informacions en la memòria, malgrat existir, pogués desvirtuar completament la raonabilitat material o la conveniència del sentit de la resolució normativa final.

En la demanda també s'al·legava que el corresponent pla d'ordenació de recursos naturals no existia. I el FJ 5è ratifica, també de forma dubtosa, la solució acordada per la norma impugnada, ja que assenyala que, com ressenya el mateix decret, aquest es considera pla de gestió. Malgrat que no siguin obligatoris, en el cas de les ZEPA, realment resulta incongruent admetre que la norma específica de creació pot actuar, alhora, com a instrument detallat d'ordenació i de gestió de recursos i elements naturals afectats.

En la sentència també s'admet que el règim de comunicacions i d'autoritzacions de l'article 11 pot induir a error, per la redacció defectuosa, però sense comportar la nul·litat del decret.

I finalment, l'al·legació més discutible i subjectiva: l'àmbit d'extensió més o menys gran de l'àrea de protecció, en consideració als fins del decret. I aquí la sentència tampoc no entra a desvirtuar o a aclarir el fons de la impugnació. Es limita a qualificar certs errors d'irrellevants o d'insuficients perquè comporten la declaració de nul·litat de la norma reglamentària. Com diu la part final: "Estos razonamientos de la demanda no ponen de manifiesto errores evidentes, que dejen patente, incluso para alguien absolutamente lego en la materia, que el informe induce a la creación de una zona de protección a todas luces innecesaria." S'admet, implícitament, l'existència d'errors, però es qualifiquen com a no evidents o transcendentals, fins i tot per a una tercera persona, des del punt de vista de la finalitat del decret, i, de la mateixa necessitat, la

creació de l'àrea de protecció assenyalada. I continua dient: "Sólo se podría convenir en que determinados aspectos o apreciaciones del informe podrían justificar otras soluciones en cuanto al tamaño y distribución de la Zona, distintas a las decididas por la Administración [...]. Pero tal eventualidad no es una causa que determine la nulidad del Decreto". La decisió judicial és discutible, ja que es reconeix l'existència d'errors, i, fins i tot, l'existència d'altres alternatives, tot i que sense esmentar l'exercici de la potestat discrecional per part de l'Administració, però, atesa la seva irrellevància anul·lativa —tot i ser material i substantiva—no s'entra en la valoració a denegar la declaració de nul·litat del decret.