

**JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN EL PAÍS VASCO
(SEGUNDO SEMESTRE 2018)**

IÑIGO LAZKANO BROTONS

Profesor colaborador

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibersitatea

Sumario: 1. Infraestructuras ferroviarias, evaluación ambiental y planeamiento territorial. 2. Evaluación ambiental estratégica de planes urbanísticos. 3. Conflictos sobre la planta incineradora de Zubieta. 4. Planeamiento urbanístico y régimen de distancias entre establecimientos. 5. Restauración de vallado en zona de dominio público marítimo-terrestre. 6. Falta de responsabilidad patrimonial de la Administración por molestias entre colindantes. 7. Licencia urbanística municipal y antena de telefonía móvil. 8. Licencia de actividad y crematorio.

1. INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, EVALUACIÓN AMBIENTAL Y PLANEAMIENTO TERRITORIAL

En la STSJ PV 2191/2018, de 27 de junio (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Alberdi Larizgoitia), se resuelven los recursos planteados contra las aprobaciones definitivas del estudio informativo y del proyecto de construcción del tramo Lugaritz-Eraso del metro de Donostialdea, llevadas a cabo en 2016 y 2017, respectivamente. El primer motivo impugnatorio aborda la cuestión de si la declaración de impacto ambiental (realizada en 2012) perdió su vigencia por el transcurso del plazo de dos años sin que se iniciara la ejecución del proyecto. La Administración de la Comunidad autónoma, demandada en este recurso, niega la mayor al estimar que las obras se iniciaron en plazo (presentando como evidencias la firma del contrato para la ejecución del tramo y el acta de replanteo, ambas efectuadas en 2012). Para el TSJPV el recurrente no aporta prueba acreditativa de ese incumplimiento y “no es excusa que se trate de un hecho negativo, toda vez que si la resolución lo afirma sin ambages, y es un acto que se presume válido, resulta exigible a quien lo impugna desplegar la necesaria carga alegatoria y probatoria que evidencie los vicios en los que supuestamente incurre”. También se cuestionaba en el recurso si la declaración de impacto ambiental puede servir para el proyecto modificado, toda vez que se han introducido en el mismo modificaciones sustanciales (la supresión de una estación, el cambio de ubicación de otras tres, un nuevo trazado de unos trescientos metros bajo dominio público marítimo-terrestre y con un nuevo trazado que discurre a mayor profundidad con eventual afección a acuíferos). Como el departamento competente consultó al órgano ambiental acerca de la necesidad de una nueva declaración de impacto y éste respondió en sentido negativo, estima la sala que las alegaciones efectuadas en la demanda y el dictamen pericial de parte resultan insuficientes, máxime si omiten un desarrollo argumental mínimo en

relación con la incidencia del nuevo trazado en algunos de los aspectos a los que se refiere la normativa legal sobre evaluación de impacto sobre ampliación de proyectos evaluados. Afirma el TSJPV, de una manera ciertamente categórica, que “puesto que el órgano ambiental de la Comunidad autónoma es la máxima autoridad en materia medioambiental del País Vasco, resulta del todo punto exigible para refutar sus informes la aportación en la causa de un cumplido y riguroso informe pericial cuya fuerza de convicción sea determinante, lo que no ocurre en el caso de autos”.

En esa misma resolución se aborda un segundo motivo impugnatorio. La recurrente estimaba que, a la luz de la Ley de Ordenación del Territorio del País Vasco, la aprobación del estudio informativo que contemplaba la implantación de una infraestructura ferroviaria habría de condicionarse a la previa incorporación de la misma a la planificación territorial. El TSJPV desestima este argumento, señalando que en apoyo de esa tesis la recurrente no ofrece una mínima argumentación, ni menciona precepto legal alguno que así lo imponga. Por eso, tras analizar él mismo la regulación en la normativa ferroviaria de la incidencia de este tipo de infraestructuras sobre el planeamiento, “infiere de dichos preceptos una relación de supremacía de la ordenación del sector ferroviario respecto de la ordenación territorial y urbanística, que obliga al planificador territorial y urbanístico a reservar el suelo necesario y a calificar como sistema general ferroviario el que resulte necesario para acoger las infraestructuras previstas por los estudios informativos aprobados”. Otra cosa, y así lo señala la sentencia, es que a partir de la aprobación del estudio informativo de la infraestructura resulte necesaria posteriormente la incorporación de la misma al planeamiento territorial y urbanístico.

2. EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA DE PLANES URBANÍSTICOS

La STSJPV 896/2018, de 12 de febrero (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Ruiz Ruiz) estima parcialmente el recurso interpuesto por una coordinadora de vecinos (*Lezama Bizirik*) contra la

aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Lezama. Las causas de la estimación del recurso son diversas:

- a) La omisión del informe preceptivo y vinculante que establece la Ley General de Telecomunicaciones, defecto que no es susceptible de convalidación a posteriori.
- b) La omisión del procedimiento de tramitación del proyecto sobre suelos de alto valor agrológico, previsto en las leyes autonómicas de suelo y urbanismo y de política agraria y alimentaria.
- c) La falta de solicitud de declaración de calidad del suelo en relación a diversos terrenos potencialmente contaminados, prevista en la normativa vasca sobre prevención y corrección de la contaminación del suelo.
- d) La falta de aprobación del programa de participación ciudadana que acompañe a la decisión municipal de redactar un nuevo plan general de ordenación urbana. Su aprobación en fases posteriores, o la existencia de trámites posteriores de alegaciones en la fase de información pública, no solventan jurídicamente su ausencia, dada la singularidad del programa y de la fase en la que debe articularse.

También señala el TSJPV, en esta sentencia, que la primera aprobación administrativa de un plan general, a los efectos de la aplicación de la normativa correspondiente en materia de evaluación ambiental, puede ser la aprobación de los criterios y soluciones generales en relación al avance del mismo, y no necesariamente el momento de su aprobación inicial.

Por otra parte, el TSJPV ha declarado la disconformidad a derecho de la aprobación definitiva de un plan parcial, en el municipio de Elorrio, en la STSJPV 895/2018, de 21 de febrero (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Alberdi Larizgoitia). La resolución judicial es bastante sencilla de explicar. En principio, declara la ilegalidad del plan por falta del informe preceptivo exigido por la normativa de aguas. Aunque ello hiciera ocioso el examen de las demás cuestiones planteadas, al acarrear por sí misma la nulidad del plan, el tribunal las resuelve por razones de tutela judicial efectiva. Así, se acoge también como causa de nulidad de la aprobación del plan la omisión del informe preceptivo sobre servidumbres aeronáuticas de los

aeropuertos de Bilbao y de Vitoria-Gasteiz, y la omisión del procedimiento de evaluación ambiental estratégica. Este último punto es interesante en la sentencia, pues se resuelve en base a la aplicación directa de la legislación estatal sobre evaluación en vigor (la Ley 21/2013) ya que la normativa autonómica vasca no se halla (en ese momento) plenamente adaptada a aquélla. La normativa vasca somete a evaluación los planes parciales solo si tienen efectos significativos sobre el medio ambiente (y el órgano ambiental había dictaminado la innecesariedad de evaluación estratégica), mientras que con arreglo a la ley estatal la evaluación es necesaria, entre otros motivos, si alberga proyectos que en el futuro han de ser objeto de evaluación de impacto. Como el plan parcial habilitaría un posterior proyecto de urbanización de un ámbito industrial superior a cinco hectáreas, debía haber sido objeto de evaluación. El resto de cuestiones que aborda la sentencia tienen que ver con el urbanismo: la reducción de la superficie del sistema general viario previsto en el plan general (que se admite por el TSJPV, pues el propio plan preveía un ajuste de la misma que no excediera del cinco por ciento) y la superación de la edificabilidad máxima y de sus consecuencias sobre los estándares de aparcamientos y de vegetación (que no se produce, al estimarse que no han de computarse en concepto de edificabilidad los metros cuadrados construidos destinados a casetas de aperos en huertas).

3. CONFLICTOS SOBRE LA PLANTA INCINERADORA DE ZUBIETA

Continúa la cascada de decisiones judiciales del TSJPV en torno a la creación de una planta incineradora en la zona de Zubieta (en el municipio de Donostia-San Sebastián). En la STSJPV 4152/2017, de 29 de diciembre (sala de lo contencioso-administrativo, sección primera, ponente: Murgoitio Estefanía), se desestima la apelación contra la sentencia de instancia que había estimado el recurso interpuesto por las Mancomunidades de Debarrena y San Marcos (junto a otras personas físicas) contra el acuerdo de la asamblea general del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa que aprobó el acuerdo de voluntades entre esa entidad y la UTE contratista del proyecto para resolver el contrato destinado al proyecto, puesta en marcha y explotación del proyecto que incluía la planta incineradora de Zubieta. El recurso de apelación se plantea por otras

dos Mancomunidades, la de Tolosaldea y a de Urola Erdia. La sentencia reproduce (no en vano se dicta el mismo día) los principios que ya expusimos en la crónica precedente, al comentar la STSJ PV 499/2017, de 29 de diciembre (y a la misma nos remitimos). La sentencia afirma, resumidamente: a) que el acuerdo asambleario estaba sujeto a Derecho administrativo, por más que tuviese por objeto material decidir sobre la extinción de un contrato de derecho privado; y b) que el acuerdo asambleario adoptado incurre en desviación de poder porque solo respondió a la intención de inejecutar definitivamente la incineradora y sustituirla por otras infraestructuras alternativas ajenas a las previsiones y al encargo atribuido al consorcio.

La STSJ PV 966/2018, de 16 de febrero (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Ruiz Ruiz), resuelve la impugnación planteada por el ayuntamiento de Hernani contra la aprobación del plan especial de instalaciones de gestión de residuos en Zubieta por el ayuntamiento de San Sebastián. Figuran como codemandados en este proceso, junto a este último ayuntamiento, la Diputación Foral y el Consorcio de Residuos de Gipuzkoa. El centro de la impugnación lo constituye el hecho de que dicho plan no incluye todas las instalaciones previstas en el plan integral de gestión de residuos de Gipuzkoa (una planta de pretratamiento biológico-mecánico o biosecado, una planta de valorización energética y una planta de tratamiento y maduración de escorias), instalaciones que, según el plan territorial sectorial de infraestructuras de residuos urbanos dicho territorio, habrían de localizarse en los altos de Zubieta. Pero a ello no se anuda la disconformidad a derecho del plan especial, señala el TSJPV. Lo relevante es que el plan recurrido no incluye ninguna infraestructura no prevista en el plan territorial de sectorial de infraestructuras residuos urbanos, sin perjuicio de que no incorpore todas. Que no se incluya la planta de maduración de escorias, sino que la misma se asiente físicamente fuera de Zubieta (en otro ámbito urbanístico ya previsto en el planeamiento) se justifica en base a los estudios del terreno realizados con posterioridad a la aprobación del plan territorial de sectorial de infraestructuras de residuos urbanos de Gipuzkoa (y cuya modificación se está tramitando en el momento del recurso, para adaptarse a esa nueva realidad).

En una línea similar la STSJPV 2189/2018, de 15 de junio (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Alberdi Larizgoitia), comparte varios de los argumentos expuestos en relación a la anterior. En este caso se impugna por parte de los ayuntamientos de Oiartzun y Usurbil, tras la oportuna vía administrativa, la resolución de la Administración de la CAPV por la que se modifica la declaración de impacto ambiental y la autorización ambiental integrada otorgada al Consorcio de Residuos de Gipuzkoa para el proyecto de valorización energética de residuos promovido en Zubieta. El TSJPV considera que: a) la declaración de impacto no ha caducado, pues constata que en los dos años siguientes se han efectuado obras en relación al proyecto; b) no era necesario haber consultado ni haber pedido informe a la Agencia Vasca del Agua-URA, pues la operada modificación puntual (que es así reconocida como tal) del proyecto no exigía una nueva evaluación del mismo; c) no había caducado la autorización ambiental integrada por el transcurso del plazo de cuarenta y ocho meses para acreditar el cumplimiento de sus condiciones, pues se solicitaron en su momento las prórrogas legalmente pertinentes; y d) no se incumplen las exigencias legales de aprobar y publicar separadamente e íntegramente los textos de la declaración de impacto ambiental y de la autorización ambiental integrada, al no resultar necesario procedimiento nuevo de evaluación ambiental. Como en la sentencia anterior, el TSJPV estima que el hecho de que el proyecto sometido a autorización ambiental integrada excluya la planta de tratamiento de escorias (que se ubicará en otra zona), no supone vulnerar las normas del ordenamiento jurídico relativas a la obligada toma en consideración de las mejores técnicas disponibles, ni implica haber vulnerado el plan integral de gestión de residuos ni el plan territorial sectorial de infraestructuras de residuos urbanos de Gipuzkoa.

4. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y RÉGIMEN DE DISTANCIAS ENTRE ESTABLECIMIENTOS

Presenta un singular interés la STSJPV 2/2018, de 29 de enero (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Ruiz Ruiz), en la que se resuelve el recurso interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia (organismo autónomo del Gobierno Vasco, con legitimación para impugnar

actos de las administraciones públicas) contra la aprobación definitiva por parte del ayuntamiento de Bilbao del plan especial de rehabilitación del Casco Viejo. El debate se centra en si la regulación de los usos y del régimen de distancias entre determinados establecimientos de la misma categoría (especificados por zonas, grupos, calles, etc.) es compatible con la Directiva de servicios y con la legislación interna que la transpone. Tras recordar la jurisprudencia del TS sobre la materia, el TSJPV estima que hay que diferenciar dos situaciones dentro de las previstas en el mencionado plan especial. Por un lado, resulta conforme a derecho el régimen de distancias mínimas entre establecimientos hosteleros. En este caso existe justificación imperiosa de interés general (basada en el supuesto específico de protección del medio ambiente y del entorno urbano, por la singularidad del ámbito superficial afectado, declarado conjunto monumental) y la decisión es no discriminatoria y proporcionada. Sin embargo el órgano judicial declara nulas las previsiones del régimen de distancias entre entidades de crédito y seguros, entre entidades de juego y recreativas y entre actividades referidas a comercios de alimentación en régimen de autoservicio. La justificación de estas restricciones se entiende exclusivamente económica (proteger las actividades del comercio minorista, principalmente del textil y el calzado) y, por lo tanto, contraria a los objetivos de la directiva de servicios (sin perjuicio de que, en el caso del régimen de distancias entre actividades de juego, las previsiones fueran menos restrictivas que las impuestas por la normativa autonómica sectorial aplicable, y por ello innecesarias).

5. RESTAURACIÓN DE VALLADO EN ZONA DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

La STSJPV 1410/2018, de 24 de abril (sala de lo contencioso-administrativo, sección primera, ponente: Murgoitio Estefanía), resuelve el recurso interpuesto contra una resolución sancionadora de la Demarcación de Costas (que ascendía a 927,20 euros) como consecuencia de la ejecución no autorizada de obras en zona demanial, instalando ochenta metros de vallado en el entorno de un molino en el municipio de Gautegiz-Arteaga. Pese a la oscuridad de los planteamientos iniciales del recurso (en el que el recurrente cuestiona, indebida

y extemporáneamente, a juicio del tribunal, el deslinde que en su momento se efectuó), la solución del litigio se resuelve con bastante precisión. El recurrente trataba de reponer un vallado preexistente al propio deslinde (vallado que tenía más de ciento cincuenta años de antigüedad) y que había sido alterado por un acto vandálico. El TSJPV estima que el empleo de la potestad sancionadora no puede ser el instrumento idóneo, ni el dispuesto por el ordenamiento jurídico, para recuperar el dominio público que estaría indebidamente ocupado. No puede descartarse que en situaciones de tolerancia como la expuesta, la conducta estrictamente referida a una reinstalación del vallado, pueda aparecer dotada de una consistente falta de culpabilidad fundada en pautas de confianza legítima de que ese acto de mera reparación o reposición ninguna innovación lesiva para el interés público comporta. En consecuencia el órgano judicial anula la resolución sancionadora impuesta.

6. FALTA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR MOLESTIAS ENTRE COLINDANTES

La STSJPV 2245/2018, de 19 de junio (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Ruiz Ruiz), confirma en apelación la dictada por un tribunal de instancia que había rechazado la responsabilidad patrimonial de un ayuntamiento en el caso de molestias (ruidos, olores y excrementos de caballos, burros, gallinas y ocas) derivadas de una granja colindante con una vivienda. Sin perjuicio de la posible responsabilidad que los afectados pudieran obtener en vía civil de los titulares de la granja, el órgano judicial consideró que el ayuntamiento no había de hacer frente a compensación económica alguna en favor de los vecinos afectados dado que, por una parte, el terreno en el que se ubicaba la granja estaba clasificado como no urbanizable de uso agrícola y ganadero. Por otro lado, no era exigible (por el número de cabezas existentes) licencia de actividades clasificadas y tampoco resultaba de aplicación la normativa técnica, higiénico-sanitaria y medioambiental de ámbito autonómico relativa a explotaciones ganaderas, al resultar ser una pequeña explotación de carácter familiar (constando una inspección del servicio de ganadería de la Diputación Foral de Bizkaia que plasmó el buen estado de salud de los

animales y las adecuadas condiciones higiénico-sanitarias de las instalaciones).

7. LICENCIA URBANÍSTICA MUNICIPAL Y ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL

La STSJ PV 2210/2018, de 6 de junio (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Alberdi Larizgoitia), establece que un plan general de ordenación urbana no es suficiente cobertura para exigir licencia urbanística municipal a la colocación de antenas de cualquier clase. La determinación de los actos sujetos a licencia u otro tipo de intervención administrativa es una cuestión reservada al legislador. Y pese a que aquella previsión de planeamiento pueda ser una reproducción (menos exigente) de lo dispuesto en la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco (art. 207.1.q), el TSJPV indica que la legislación estatal (ley general de telecomunicaciones, ley de ordenación de la edificación y la ley de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios) excluye la exigencia de licencia de obras y actividad de las instalaciones de telecomunicaciones y la sustituyen por una declaración responsable. En aplicación de la reciente jurisprudencia constitucional, el TSJPV no plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación a la ley autonómica, limitándose a inaplicarla por devenir incompatible con un precepto básico estatal aprobado con anterioridad. En la misma línea ya se habían dictado otras sentencias afectantes a denegaciones de licencia generadas en base a planeamientos urbanísticos anteriores a la Ley General de Telecomunicaciones, pero que debían adaptarse a la misma en plazo (STSJPV 1627/2018, de 9 de mayo (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Alberdi Larizgoitia).

8. LICENCIA DE ACTIVIDAD Y CREMATORIO

La STSJ PV 18/2018, de 17 de enero (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Ruiz Ruiz), desestima la apelación interpuesta por el ayuntamiento de Olaberria contra la sentencia de instancia que había declarado disconforme a Derecho una licencia para el ejercicio de la actividad de crematorio en un edificio clasificado como suelo urbano residencial a una distancia de ¡dos metros y medio! de la vivienda de los recurrentes. El

problema se planteó porque el reglamento de sanidad mortuoria de la Comunidad Autónoma no establece un régimen de distancias entre crematorios y viviendas próximas (a diferencia de lo que ocurre con los cementerios). Analizando el régimen de usos admisibles en suelo urbano residencial, según las Normas Subsidiarias municipales, ambos tribunales (el de instancia y el de apelación) coinciden en que la mencionada actividad no se encuentra incluida en ellos, por más que pudiera ser análogo a determinados usos terciarios, industriales o de equipamiento comunitario, pues se trata de una actividad que produce molestias y peligrosidad (como lo atestigua que la propia ley autonómica la someta a licencia de actividad), elemento que impide incluirla dentro de los usos referidos.