

## JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN EL PAÍS VASCO

(SEGUNDO SEMESTRE 2016)

IÑIGO LAZKANO BROTONS

*Profesor colaborador*

*Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibersitatea*

**Sumario:** 1. Imposibilidad de exigencia unilateral de compensaciones económicas entre entidades públicas por afecciones derivadas de la construcción del tren de alta velocidad. 2. Requisitos sustantivos y procedimentales para la clasificación de suelo no urbanizable de valor agrícola. 3. Impugnación del plan especial para la protección de la ría del Urola. 4. Retroactividad de normativa sancionadora en materia de aguas. 5. El canon de aguas no forma parte de la base imponible del impuesto sobre el valor añadido. 6. Bis in idem en sanciones de residuos y suelos contaminados. 7. Conflictos sobre instalaciones de antenas de telefonía móvil. 8. Resoluciones judiciales en materia de licencia de actividad.

### **1. Imposibilidad de exigencia unilateral de compensaciones económicas entre entidades públicas por afecciones derivadas de la construcción del tren de alta velocidad**

La STSJPV 1612/2016, de 10 de mayo (sala de lo contencioso-administrativo, sección primera, ponente: Murgoitio Estefanía), estima el recurso interpuesto por las entidades públicas estatal y vasca de gestión de infraestructuras ferroviarias (ADIF y ETS) contra el acuerdo de la Diputación Foral de Gipuzkoa que declaraba la obligación solidaria de aquéllas de compensar a la entidad foral como consecuencia de las afecciones ocasionadas por la construcción de la línea ferroviaria de alta velocidad a su paso por Gipuzkoa. La compensación reclamada (más de tres millones y medio de euros, calculados en relación al coste de las obras ejecutadas por la entidad foral a consecuencia de dicha afección) y su declaración se estiman diconformes a derecho puesto que no cabe que una Administración declare de forma unilateral la responsabilidad de otra Administración pública. El procedimiento seguido debería haber consistido en dirigir directamente la reclamación de responsabilidad patrimonial contra esas entidades y, en caso de no ser atendida, impugnar la denegación ante el orden contencioso-administrativo. Para el TSJPV “en ningún caso se concibe esa inversión de roles en que la Administración que se considera acreedora de una suma por parte de otra, sea a título de convenio interadministrativo o de responsabilidad extracontractual

[...], la declare por sí misma y someta a la Administración supuestamente deudora a la regla de supremacía que se reconoce a tales poderes públicos frente a los administrados, pero no frente a otras Administraciones que actúan igualmente en el ejercicio de sus potestades públicas”.

## **2. Requisitos sustantivos y procedimentales para la clasificación de suelo no urbanizable de valor agrícola**

El caso que ha de resolver la STSJPV 371/2016, de 26 de febrero (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Alberdi Larizgotia), suele ser uno de los más frecuentes en el contencioso urbanístico. Varios propietarios impugnan un plan general que había clasificado sus parcelas como suelo no urbanizable agroganadero y de campiña (proponiendo, simultáneamente, que pasen a ser consideradas suelo urbano), en función del incumplimiento de diversas exigencias sustantivas y requisitos procedimentales establecidos en la normativa de elaboración del planeamiento urbanístico. En primer lugar, se alegaba la inexistencia del informe preceptivo sobre el alto valor agrológico de los suelos, establecido en la ley vasca de política agraria y alimentaria. La decisión judicial desestima este argumento en base al criterio temporal: dicha ley no resultaba aún aplicable pues su entrada en vigor fue posterior a la aprobación inicial del planeamiento impugnado. Un segundo motivo alegado por los recurrentes fue el hecho de que la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco (órgano de coordinación interadministrativa en materia territorial y urbanística, que ha de emitir un informe preceptivo y vinculante en el procedimiento de elaboración del planeamiento general) emitiera su informe sin tener a la vista (por razones temporales) el informe definitivo de impacto ambiental (aunque sí el preliminar). La sentencia considera que “se trata de un vicio de carácter formal, que carece de virtualidad invalidante si no se pone de manifiesto una carga alegatoria suficiente que evidencie que el informe definitivo de impacto ambiental introduce sensibles modificaciones sobre el informe preliminar, que hubieran exigido una oportuna valoración del órgano consultivo en materia de ordenación del territorio y urbanismo”. También se considera un mero vicio de forma el hecho de que el informe de la Comisión de Ordenación del Territorio no se hubiera pronunciado sobre la modificación de la clasificación del suelo litigioso de urbano no consolidado a no urbanizable, pues la legislación urbanística vasca no exige un nuevo informe de dicho órgano cuando dicha modificación se hubiera adoptado en la fase última de aprobación

definitiva del plan (aunque el TSJPV admite que dicha argumentación resultaría discutible cuando -y señala que no es el caso- la modificación de la clasificación del suelo no resultara favorable para la conservación de la naturaleza). En cuanto al fondo del asunto, el debate se plantea en sede judicial en torno a si las parcelas en cuestión revisten las características que han de tener los suelos para ser clasificados como urbanos o no. Con independencia de que cuenten con los servicios y elementos básicos que establece la legislación para ese tipo de suelo (acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas, etc.), el TSJPV rechaza su aplicación al entender que no ha quedado acreditado que dichos terrenos (que están ya edificados) se hallen integrados en la malla urbana. Habrá que optar entonces por la aplicación de otra categoría de suelo. La sentencia indica cómo la legislación vasca reconoce la posible compatibilidad entre un terreno ya edificado y su catalogación como suelo no urbanizable. Es el caso, por ejemplo, del suelo no urbanizable de núcleo rural. Pero “no se quiere decir con ello que en el supuesto de autos nos encontremos ante un suelo no urbanizable de núcleo rural, cuestión no discutida, sino que el hecho de que edificaciones situadas en un ámbito rural cuenten con los servicios urbanísticos básicos, no determina por sí mismo su clasificación de suelo urbano si tales servicios no están enlazados con la red urbana de servicios, y no son la consecuencia de la ejecución de un planeamiento que así lo haya previsto, previo cumplimiento de los deberes de cesión inherentes al proceso urbanizador”. De hecho los terrenos se hallaban clasificados por el planeamiento como suelo no urbanizable agroganadero y de campiña, clasificación correcta a juicio del TSJPV (que desestima también una argumentación subsidiaria de los impugnantes que consideraban que, puestos a reconocer el suelo como no urbanizable, éste debía ser de la categoría de especial protección, por la necesidad de preservar los valores propios y ambientales).

### **3. Impugnación del plan especial para la protección de la ría del Urola**

Una zona ribereña de la ría del Urola, ordenada por plan parcial en 1974 y objeto de un proyecto de urbanización que implicó el relleno del área y la ejecución de una serie de servicios, ha sido en los últimos años objeto de varias controversias judiciales. El TSJPV anuló la calificación que a dicha zona dieron tanto el planeamiento territorial sectorial de zonas húmedas (que la consideraba zona de especial protección) como el plan territorial parcial del área funcional respectiva (Zarautz-Azpeitia), que la consideraba área de interés naturalístico. En aplicación de estas sentencias anulatorias,

el Gobierno Vasco modificó su planeamiento sectorial de zonas húmedas para considerar el área bajo la categoría de área degradada a recuperar. Hay que tener en cuenta que, simultáneamente, la ría del Urola ha sido declarada zona de especial conservación perteneciente a la Red Natura 2000. El ayuntamiento de Zumaia, en consecuencia, aprobó un plan especial de protección y conservación de la ría del Urola, que es objeto de impugnación por una promotora y un particular. La STSJPV 200/2016, de 26 de enero (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Alberdi Larizgotia), desestima el recurso planteado al entender que la clasificación de la zona como suelo no urbanizable es una decisión de ordenación estructural cuyo origen se halla en ese planeamiento sectorial de zonas húmedas y se plasma en la propias normas subsidiarias de planeamiento municipales. La nulidad declarada por el TSJPV, en su momento, de las previsiones de los planes de ordenación territorial aludidos se debió no a que la clasificación de la zona como suelo no urbanizable desconociera la realidad de que la zona había sido objeto de obras de relleno en ejecución de las obras de urbanización, sino al hecho de que no contemplara simultáneamente su recuperación (como sí lo hace ahora el plan territorial sectorial de zonas húmedas). El plan especial referido no hace sino desarrollar y respetar esas nuevas previsiones para la zona. El hecho de que falte en dicho plan especial un estudio de viabilidad económica que garantice la ejecución de sus previsiones carece de importancia, para el órgano judicial, pues la consideración de espacio natural protegido del ámbito determina la competencia de gestión de los órganos forales, no correspondiendo la misma al ayuntamiento.

#### **4. Retroactividad de normativa sancionadora en materia de aguas**

La STSJPV 388/2016, de 24 de febrero (sala de lo contencioso-administrativo, sección primera, ponente: Diaz Perez), estima parcialmente el recurso interpuesto por una empresa contra la resolución de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico por la que se le imponía una sanción de diez mil euros al haber derivado aguas del río Leizarán sin contar con la preceptiva autorización administrativa. El fondo del asunto tiene que ver con la modificación operada en el reglamento del dominio público hidráulico el año 2013, que establece que la valoración del daño a dicho dominio público es el que sirve para determinar la gravedad de los hechos constitutivos de infracción en materia de aguas (que fueron continuados en el tiempo desde el año 2008). Pero, a diferencia de lo que estima la parte recurrente, la sentencia afirma que la falta de constancia en la resolución administrativa sancionadora de los daños irrogados al

dominio público hidráulico no permite sostener la atipicidad de la conducta imputada. Y ello porque la definición legal del ilícito persiste en la Ley de Aguas y continúa siendo la misma (“derivación del agua de sus cauces...sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea precisa”). Por eso el TSJPV determina que, ante la ausencia de constatación de daños, y a efectos de determinación de la infracción concreta y su correspondiente sanción (que al final va a quedar rebajada a tres mil euros), la conducta ha de ser catalogada bajo las previsiones reglamentarias que establecen como infracción leve) “el incumplimiento de cualquier prohibición establecida en la Ley de Aguas [...] siempre que no estén consideradas como infracciones menos graves, graves o muy graves”.

##### **5. El canon de aguas no forma parte de la base imponible del impuesto sobre el valor añadido**

La Agencia Vasca del Agua interpuso recurso contencioso-administrativo contra la decisión de la Diputación Foral de Alava que incluía en la liquidación del impuesto sobre el valor añadido (IVA), que giraba al consorcio de aguas de una determinada localidad alavesa, la cantidad abonada en concepto de canon del agua como parte de la base imponible de aquél impuesto. La cuestión litigiosa que resuelve la STSJPV 380/2016, de 11 de febrero (sala de lo contencioso-administrativo, sección primera, ponente: Díaz Perez), explica lo que es el canon del agua y su regulación legal (la Ley 1/2006, de Aguas del País Vasco, atribuye su gestión a la Agencia Vasca del Agua pero su recaudación se encomienda a las entidades suministradoras del agua, obligadas a cobrarlo a sus abonados, que se constituyen así en sujetos pasivos del canon en concepto de contribuyentes). Partiendo de que el Tribunal Constitucional ya había afirmado que dicho canon del agua es un impuesto ecológico de carácter extrafiscal con el que se persigue incentivar el uso eficiente del agua, para el TSJPV resulta claro que no puede conformar la base imponible del impuesto sobre el valor añadido, ya que no se corresponde con la contraprestación por la entrega de un bien o servicio. Y aunque tanto el IVA girado como el canon del agua sujetan a tributación el mismo elemento, el agua, la operación gravada en uno y otro caso es diferente. En la liquidación impugnada se somete al IVA el “suministro” de agua, mientras que el canon del agua grava su “consumo en cuanto que afecta al medio ambiente”. Difieren las operaciones gravadas y difieren, también, los sujetos pasivos de ambos impuestos (en el caso del IVA, en este

supuesto, la entidad suministradora del agua; en el canon del agua los usuarios del agua en baja).

## **6. Bis in idem en sanciones de residuos y suelos contaminados**

La imposición de dos sanciones administrativas a una misma empresa por haber ocultado sistemáticamente a la Administración datos relativos a la contaminación y calidad del suelo en una excavación autorizada con estrictas condiciones ambientales, realizada con la finalidad de ampliar la actividad industrial que desarrolla en un polígono, es la causa que motiva la STSJPV 1725/2016, de 29 de junio (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Alberdi Larizgotia), dictada en apelación y que revoca parcialmente la acordada por el juzgado de lo contencioso-administrativo. El problema se plantea porque se acordó por el Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno Vasco sancionar simultáneamente por la vía del art. 34.3.c de la Ley 10/1998, de residuos (ley estatal que tipifica como infracción grave “el incumplimiento de la obligación de proporcionar documentación o la ocultación o falseamiento de datos exigidos por la normativa aplicable o por las estipulaciones contenida en la autorización”) y por el art. 42.2 c) de la Ley vasca 1/2015, para la prevención y corrección de suelos contaminados (que incluye como infracción grave “la omisión de datos y la negativa a facilitar los que sean requeridos a las personas físicas o jurídicas titulares de actividades o instalaciones potencialmente contaminantes del suelo o a quienes sean poseedoras o propietarias de suelos”). Para el TSJPV el tipo infractor contemplado en la norma autonómica contiene, en principio, dos conductas típicas diferenciables (la “omisión de datos” y la “negativa a facilitar los que sean requeridos”), la primera de naturaleza culposa y la segunda con un elemento de intencionalidad, pero que han de desarrollarse en continuidad (“y”) como una única conducta para que sea aplicable la norma. Como la primera de esas conductas ya se halla comprendida dentro de la infracción referida prevista en la norma estatal de residuos, sin constituir una nueva figura infractora que eleve el nivel de protección de la ley estatal y, además, el bien jurídico protegido por ambos preceptos es el mismo (la eficacia de la potestad de intervención que se otorga a la Administración ambiental en materia de tratamiento y recuperación de suelos contaminados), la sentencia concluye afirmando la infracción del principio *non bis in idem*. No se trata de un simple concurso ideal de infracciones, sino de una acción que solo resulta sancionable a la luz de la legislación estatal de residuos, pero no en base a la normativa vasca de suelos

contaminados (por lo que la sanción impuesta en aplicación de esta última norma queda anulada). Otro aspecto aludido en la sentencia del TSJPV se refiere a la exigencia de culpabilidad. El hecho de que los propietarios o poseedores de suelos contaminados hayan de valerse de entidades altamente cualificadas acreditadas en investigación y recuperación de suelos no les releva del cumplimiento de los deberes básicos que como tales propietarios les incumbe. Para considerar exonerada su responsabilidad habría el propietario de acreditar cumplidamente que desplegó la diligencia necesaria ante la entidad acreditada con la que contrató los servicios necesarios para obtener la declaración de calidad del suelo, en orden a verificar el correcto cumplimiento de las condiciones de la autorización otorgada.

## **7. Conflictos sobre instalaciones de antenas de telefonía móvil**

Tres sentencias (dos ordinarias y una dictada en apelación) han tenido que resolver controversias planteadas por empresas de telefonía móvil (Orange, Telefónica y Vodafone) en relación a las ordenanzas reguladoras de instalaciones radioeléctricas pertenecientes a las redes de telecomunicaciones dictadas por el Ayuntamiento de Vitoria. En el primer caso (STSJPV 331/2016, de 1 de febrero, sala de lo contencioso-administrativo, sección primera, ponente: Murgoitio Estefanía), basándose en su propia jurisprudencia, el TSJPV desestima la apelación contra la sentencia de instancia que había mantenido la legalidad del precepto de dicha ordenanza que obligaba a las empresas de telefonía, cuando no dispusieran de alternativas viables, a la coubicación física e, incluso, a compartir recursos o propiedades (conductos, edificios, repetidores, antenas, etc.). Que la coubicación, o —en su caso— la compartición, se contemplen como regla general no es contrario a la regulación legal si ello obedece a razones urbanísticas o de ordenación del territorio. La otras dos resoluciones judiciales dictadas (STSJPV 1642/2016, de 4 de mayo, y STSJPV 1645/2016, de 5 de mayo, ambas de la sala de lo contencioso-administrativo, sección primera, ponente: Díaz Pérez), estiman los recursos interpuestos por las empresas y declaran la nulidad del artículo de dichas ordenanzas que establecía que “respecto de los niveles de exposición a las emisiones radioeléctricas y en aplicación del principio de precaución se tomarán las medidas encaminadas hacia un escenario en el cual la ciudadanía no esté sometida a niveles superiores a 0,1 uW/cm<sup>2</sup>, ni en los lugares de trabajo, ni en los lugares de residencia. Esta medida se tomará de manera inmediata en las llamadas zonas sensibles, centros escolares, guarderías, centros de salud y centros de mayores”. Esa norma no estaba

enclavada en el título de las ordenanzas relativo a las condiciones de las instalaciones, sino dentro del correspondiente a los criterios ambientales, pero sin establecer regulación sobre usos del suelo que se refiera o afecte a las instalaciones o redes de telecomunicaciones, o que establezca esos usos en función de las categorías en que se clasifique el suelo municipal y su utilización pormenorizada. El precepto se refiere exclusivamente a niveles de emisión y con ello se están invadiendo las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y sanidad (como ya tiene establecido una jurisprudencia reiterada).

### **8. Resoluciones judiciales en materia de licencia de actividad**

Dentro de la habitual conflictividad que plantea el régimen de las actividades clasificadas (algunas sometidas, en la legislación vasca, a licencia municipal, otras a simple comunicación previa), son varias las decisiones judiciales, todas ellas dictadas en apelación, que merecen la pena destacarse.

En la STSJPV 653/2016, de 3 de marzo (sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, ponente: Ruiz Ruiz), se va a dar la razón al Ayuntamiento de Izurza que alegaba (frente a lo argumentado por una empresa y admitido en la sentencia de instancia) que el régimen excepcional previsto en las normas subsidiarias de ese municipio para la reconstrucción y ampliación de equipamientos industriales en suelo no urbanizable de protección agrícola o ganadera ha de limitarse a las actividades preexistentes realizadas por las empresas ya instaladas, no a nuevos usos industriales desvinculados de la actividad previa. Lo más interesante de esta sentencia es el extraordinario valor interpretativo que, a estos efectos, se da a la memoria que forma parte de las normas subsidiarias de planeamiento (en la que se especificaba que lo que la regulación pretendía era dar una solución real a las dos industrias existentes en la zona con el objeto de no ahogarlas).

Una decisión judicial un tanto sorprendente resulta ser la STSJPV 1281/2016, de 4 de mayo (sala de lo contencioso-administrativo, sección primera, ponente: Alberdi Larizgoitia), en la que se estima parcialmente la apelación interpuesta por una empresa que había realizado obras de ampliación de la cubierta y de explanación del terreno de una nave de almacenamiento de escorias. Pese a carecer de licencia de actividad y de obras para llevar a cabo esa actuación, el TSJPV estima que, por las fechas que se alegan y prueban en el recurso, ambas licencias se habrían obtenido por silencio



positivo, siendo declaradas, en consecuencia, disconforme a derecho las decisiones municipales que ordenaban la demolición de lo construido y la cesación de los usos. Pero curiosamente, pese a la existencia de ese silencio administrativo positivo, la sentencia admite la legalidad de la sanción municipal impuesta en base a la legislación del suelo vasca que tipifica como infracción grave la ejecución sin licencia de obras que afecten a elementos estructurales y requieran proyecto técnico