

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

ANNA PALLARÉS SERRANO

Profesora Contratada Doctora

Universitat Rovira i Virgili

Son diversas las Sentencias del Tribunal Supremo sobre cuestiones medioambientales, dictadas en el período comprendido entre el 9 de abril 2020 y el 12 octubre 2020, que consideramos que merecen nuestra atención.

1. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LAS CCAA SOBRE LA ELABORACIÓN DE PLANES Y PROGRAMAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA ATMOSFERA NO PENDE DE QUE PREVIAMENTE EL ESTADO HAYA ELABORADO LOS PLANES QUE LE COMPETEN SOBRE LA MATERIA

La STS con la referencia ECLI:ES:TS:2020:1950 trae causa de un recurso de casación interpuesto por la CCAA de Castilla y León contra la Sentencia, de 19 de octubre de 2018, del tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que estima el recurso contencioso administrativo 672/2016 interpuesto por la Federación de Ecologistas en Acción de Castilla y León contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la desestimación por el Director General de Calidad y Sostenibilidad Ambiental de la Junta de Castilla y León, Consejería de Fomento y Medio Ambiente, de la solicitud presentada el 22 de enero de 2016, para que se adopten los Planes de mejora de calidad del aire previstos en el artículo 16 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, y en el artículo 24.1 del Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, para las zonas y aglomeraciones afectadas: Salamanca, Duero Norte, Montaña Sur, Valle del Tiétar y Alberche, Soria y Demanda, Sur y Este de Castilla y León y Valladolid.

La cuestión que se le plantea al tribunal es determinar - de acuerdo con una correcta interpretación de los artículos 16 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, y 24 del Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire - si el cumplimiento de la obligación de las CCAA de elaborar planes y programas para la protección de la atmósfera y para minimizar los efectos negativos de la contaminación atmosférica depende de que el Estado haya elaborado previamente los planes de su competencia que determina la normativa.

A resultas del análisis de los artículos citados, la Sala de lo Contencioso falla desestimando el recurso de casación basándose en los siguientes argumentos del fundamento de derecho segundo.

“La misma redacción de estos preceptos, en los que se regula de manera separada y autónoma los supuestos y circunstancias en las que el Gobierno, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales deben adoptar los correspondientes planes, pone de manifiesto que el régimen de elaboración de los planes en cuestión no se establece de manera subordinada y jerárquica, en razón del ámbito de la Administración estatal, autonómica y local sino que cada una de las Administraciones viene obligada por la norma a su elaboración, en la medida que en al ámbito de sus competencias concurren las circunstancias, mediciones y valoraciones que imponen y hacen necesaria su adopción, de manera que la relación entre los distintos planes no se articula a través de un régimen jerárquico sino de los principios de cooperación y colaboración (...). Dicho de otro modo, la propia legislación básica impone a las distintas Administraciones públicas el deber de llevar a cabo las correspondientes actuaciones, incluidos los planes y programas para la protección de la atmósfera, en el ámbito de sus competencias, cuando se den las circunstancias legalmente establecidas al efecto, de cuyo cumplimiento responden en tal medida cada una con independencia de la actuación de las demás, sin perjuicio de que en su elaboración se atienda a los principios cooperación y colaboración entre las Administraciones.”

2. PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS RED ECOLÓGICA NATURA 2000

La STS que identificamos a través de la referencia ECLI:ES:TS:2020:1706 es el resultado de la interposición de un recurso de casación por la Junta de Extremadura contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 19 de junio de 2018, estimatoria en parte del recurso contencioso administrativo, interpuesto por la Sociedad Española de Ornitología “SEO-BirdLife” contra el Decreto 110/2015, de 19 de mayo, por el que se regula la red ecológica europea Natura 2000 en Extremadura, declarando nulos de pleno derecho los artículos 9.1;13;17.1 (en su inciso “o la modificación de los límites de las mismas”);19,20 (en su inciso “o la modificación de los límites de las mismas”) ; 22; DA2^a (excepto respecto de las ZEPAS mencionadas en el

último párrafo del fundamento de derecho 12 de esta sentencia); el Anexo I ; en el apartado 3º del punto 2.6 de las Directrices de Conservación en materia de ordenación territorial y urbanismo del Plan Director el inciso "salvo que en el momento de aprobación de este documento ya estén clasificados como urbano o urbanizable", y el Anexo IV.

En primer lugar, en el escrito de interposición del recurso se cuestiona la declaración de nulidad del art.9.1 y Anexo del Decreto 110/2015 que establecen que se someten al "Informe de Afección" las actividades recogidas en el Anexo I y se excluyen del "Informe de Afección": (...) "aquellas actividades proyectos, planes o programas que no requiriendo Evaluación de Impacto Ambiental o Evaluación Ambiental se desarrollen íntegramente en los terrenos incluidos en las Zonas de Uso General (ZUG)." Sobre el artículo 9.1 la Sala se pronuncia expresando:

"La objeción esencial sobre este precepto es que, tal y como está redactado, vulnera el art 6.3 de la Directiva y la doctrina del TJUE que lo ha interpretado, y que resume diciendo que deben someterse a esta fase de cribado "absolutamente todos" los proyectos y planes que no tengan relación directa con la gestión del lugar o no sean necesarios para la misma, independientemente de que sean de escasa entidad o en la concreta zona de la RED en la que se ubiquen y desarrollen".

De manera que la Directiva no permite exclusiones genéricas del "Informe de Afección" sin una previa "valoración específica de la actuación de que se trate y en relación con el concreto espacio afectado".

En segundo lugar, la Junta de Extremadura cuestiona la declaración de nulidad de los arts. 19 y 22, en tanto aprueban los Planes de Gestión de la ZEC y de las ZEPA, que se recogen en el Anexo IV, así como los apartados 8 y 9 de cada uno de los 75 planes aprobados, considerando que se vulnera el art. 3, apartados 15, 16 y 25 y el art. 45 de la Ley 42/2007. En este ámbito, la Sala también desestima las alegaciones formuladas por la administración autonómica de Extremadura reproduciendo las razones expuestas en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 19 de junio de 2018, y expresando:

“(…) en contra de lo sostenido por la recurrente, el art. 45 de la Ley 42/2007, refiere como contenido mínimo, los objetivos de conservación del lugar y las medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable, lo cual no se refiere al espacio en su conjunto, como mantiene la parte, sino que se proyecta sobre el hábitat natural y las especies correspondientes, lo que supone, como se desprende de las definiciones contenidas en el art. 3, puntos 15, 16 y 25, tomar en consideración la estructura y funciones específicas necesarias para su mantenimiento a largo plazo que existen y pueden seguir existiendo en un futuro previsible, la dinámica poblacional indicativa que sigue y puede seguir constituyendo a largo plazo un elemento vital de los hábitats a los que pertenece; que el área de distribución natural no se está reduciendo ni haya amenazas de reducción en un futuro previsible; que existe y probablemente siga existiendo un hábitat de extensión suficiente para mantener sus poblaciones a largo plazo, niveles poblacionales de las diferentes especies así como superficie y calidad de los hábitats que debe tener un espacio para alcanzar un estado de conservación favorable. No se trata de la simple fijación de objetivos de conservación sino de la determinación de las correspondientes medidas adecuadas al efecto. En este sentido, la fijación de objetivos, como se acaba de indicar, no puede entenderse satisfecha con las tablas de inventario que se recogen en el punto 3 de cada plan de gestión y la valoración de su estado (punto 8), de la misma manera que la determinación de las medidas adecuadas para mantener los espacios, hábitats y especies, en estado de conservación favorable, no se satisface con la simple indicación de las presiones y factores de amenazas detectadas a que se refiere la parte.”

En tercer lugar, se cuestiona la declaración de nulidad de la Disposición Adicional Segunda (donde se descatalogan parcialmente varias ZEPAS) por vulneración de los artículos 42 y 51 de la Ley 42/2007. Este motivo de impugnación no prospera porque la nulidad de esta disposición se produce por incumplimiento del procedimiento que la Sala del TS confirma.

En cuarto lugar, la administración cuestiona la declaración de nulidad de los artículos 17.1 y 20 en su inciso “o la modificación de los límites de las mismas”, por vulneración del artículo 51 de la Ley 42/2007. En esta ocasión se estiman las alegaciones de la Junta de Extremadura que señalan que los preceptos anulados establecen una norma competencial, - en concreto establecen la competencia del Consejo de Gobierno para la declaración y modificación de las ZEC y ZEPA - y no tienen por objeto regular el procedimiento de modificación de estos espacios desarrollando las previsiones del artículo 51 de la Ley 42/2007.

Por último, se cuestiona la declaración de nulidad del apartado 3ª del punto 2.6 de las directrices de conservación en materia de ordenación territorial y urbanismo del plan director, en el inciso "salvo que en el momento de aprobación de este documento ya estén clasificados como urbano o urbanizable", por vulneración del art. 41.2 de la Ley 42/2007 en relación con el art. 12.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y en relación con el art. 11.3.1.b) de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura. El precepto anulado establece que “Las superficies zonificadas como ZIP y ZAI se clasificarán como suelo no urbanizable de protección natural conforme a lo establecido en la Ley 15/2001 de 14 de diciembre, salvo que en el momento de aprobación de este documento ya estén clasificadas como urbano o urbanizable”. Este motivo de impugnación no prospera porque este inciso vulnera la disposición por nuestro ordenamiento de la prevalencia de los planes de gestión de los espacios naturales sobre los planes urbanísticos y una consolidada jurisprudencia en este sentido.

3. PRIORIZACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS QUE MAS CONTRIBUYEN A LAS DESCARBONIZACIÓN Y QUE TIENEN MAS DIFICULTADES PARA SU COMERCIALIZACIÓN EN EL PROGRAMA MOVES

La STS con la identificación ECLI:ES:TS:2020:1933 es fruto de un recurso ordinario interpuesto por la Asociación Española de Gas Licuado contra el Real Decreto 72/2019, de 15 de febrero, por el que se regula el programa de incentivos a la movilidad eficiente y sostenible (Programa MOVES) con la pretensión que se declare contraria a derecho y nula la exclusión del régimen de ayudas de la norma a los vehículos de GLP/Autogas de las modalidades

M1,N1,M2 y M3. El fallo de la sentencia desestima el recurso en base a los siguientes fundamentos jurídicos:

- La justificación de la exclusión de los incentivos y ayudas a estos vehículos en la exposición de motivos del Real Decreto 72/2019, donde se expresa que para hacer frente al incremento de emisiones de CO₂ en España hay que implantar medidas para reducir el consumo de combustibles fósiles actuando, entre otros, sobre el sector del transporte renovando el parque de vehículos que utilizan los citados combustibles. Además, se razona:

“Aunque planes de fomento de la demanda de vehículos de energías alternativas, como los Planes MOVEA y MOVALT, han fomentado la adquisición de vehículos ligeros de GLP y GN, la situación del mercado, con una equiparación de precios de estas tecnologías con las de combustión tradicionales, sumado a un mejor aprovechamiento de los recursos públicos, hacen que en el presente Plan MOVES no se subvencione la adquisición de los vehículos ligeros propulsados con gas natural y Autogas (...)”.

- La información revelada por el informe del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDEA) donde se pone de relieve que:

a) El GLP es un combustible fósil, el 60% proviene de yacimientos de gas natural o del petróleo y el otro 40% proviene del proceso de destilado de petróleo en refinería.

b) La contribución del GLP a la descarbonización es muy limitada y pobre.

c) Los vehículos de GLP sí que contribuyen a mejorar la calidad del aire, pero el programa MOVES se dirige a la descarbonización.

En las conclusiones del citado informe se dice:

“(...) La descarbonización del sector Transporte es el mayor reto que se presenta, por su peso en el consumo de energía final (42%) así como por su alta dependencia de los derivados del petróleo (en torno al 80%). Así se constata en las últimas planificaciones presentadas por el Gobierno como es el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-3030, cuya versión final se publicará a finales de 2019 con

un objetivo de reducción de emisiones de CO₂eq vinculante. En este contexto, con unos presupuestos dedicados a la movilidad sostenible escasos (50 millones de euros anuales en los Presupuestos Generales del Estado), el Gobierno debe priorizar a través de los programas de ayuda pública aquellas tecnologías que más contribuyan a la descarbonización, y que además, tengan dificultades para comercializarse, bien sea por su extra coste por estar en una etapa inicial de comercialización o bien porque no han alcanzado la madurez tecnológica (...). Existen otros instrumentos, como es la política fiscal, que apoya a la tecnología de GLP en automoción, por lo que no se puede alegar que el Gobierno discrimina el uso del GLP en automoción. Sencillamente se considera que ya está suficientemente incentivado y en un estado de madurez tecnológica en el caso de los vehículos ligeros.”

4. NECESIDAD DE EXPLICITAR Y JUSTIFICAR LA EXISTENCIA DE UN INTERÉS PÚBLICO SUPERIOR CUANDO SE EXCEPCIONA EL MANDATO DE LOGRAR EL BUEN ESTADO DE LAS AGUAS Y EVITAR SU EMPEORAMIENTO.

La sentencia con la referencia ECLI:ES:TS:2020:884 desestima un recurso de casación interpuesto por la Comunidad General de Riegos contra la sentencia de 7 de julio de 2017 dictada por la Sección 1ª de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que estima parcialmente el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Biscarrués, Murillo de Gallego y Santa Eulalia de Gallego y la Asociación coordinadora de Biscarrués-Mallos de Riglos anulando la Resolución de 14 de febrero de 2012 de la Dirección General del Agua, de aprobación del expediente de información pública y del anteproyecto (02/09) y adenda (09/11) del embalse de Biscarrués, y la Resolución de 8 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, sobre Declaración de Impacto Ambiental del proyecto Embalse de Biscarrués, por infracción de lo dispuesto en la Directiva 2000/60/CE, conocida como Directiva Marco Europea del Agua (DMA).

La primera cuestión que aclara es si el “interés general” de un proyecto de obra hidráulica es equiparable al concepto de “interés público superior”, que exige la

DMA, en el artículo 4.7, a los proyectos que afecten al estado de las aguas superficiales, para entender justificada una alteración en las mismas.

Al respecto, afirma:

“(...) lo que la DMA introduce, partiendo del interés público, o interés general de obra pública proyectada, es una exigencia suplementaria de comparación, al exigir que la excepción «del incumplimiento de los requisitos de evitar un nuevo empeoramiento o de lograr el buen estado de las aguas», se admite «si el incumplimiento de dichos requisitos se debe a circunstancias imprevistas o excepcionales, en particular, a inundaciones o sequías, o a que lo exija un interés público superior [...]». (Considerando 32 de la DMA).

(...) evidentemente, la ejecución del embalse produce una alteración en las aguas superficiales y en el medio ambiente. Y lo que la DMA exige para excepcionar dicha alteración es que exista un «interés público superior», es decir, que se explique por qué el interés público de la ejecución del embalse es superior (...) respecto de los intereses afectados por la excepción posible.

En la tramitación del Anteproyecto, del EIA y de la DIA, (...) este concepto, exigido por la DMA, no ha sido objeto de un examen separado, propio e independiente de las consideraciones difusas y dispersas a lo largo de la documentación (...). Y tampoco se ha producido un examen de comparación enfrentando cuál es el interés público superior, que ha de dominar sobre los intereses afectados, y su consideración de inferiores frente al interés superior. Y razonando por que «los beneficios obtenidos por dichas alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyen una opción medioambiental significativamente mejor». (Artículo 4.7.c y d DMA).

En consecuencia, (...) Aún teniendo ciertas similitudes el «interés general» y el «interés público superior», no puede concluirse que «sean equivalente o puedan equipararse». El «interés público

superior» exige inexcusablemente una comparación, en exposición propia e independiente, un plus respecto del «interés general»”.

La segunda cuestión es cuál es el alcance, grado de detalle y especificidad de ese “interés público superior”.

Sobre ello se expresa:

(...) las Resoluciones anuladas deberían haber tratado separadamente el «interés público superior». Y además, deberían haber, no solamente afirmado que dicho «interés público superior» existía en la ejecución del embalse de Biscarrués, (es decir, el qué (quo)), sino razonar por qué, de qué modo, (quomodo), ese interés público es superior a los otros intereses afectados.

Y como se recoge en la STJUE de 4 de mayo de 2016, c-364/14 (p.80), no puede expresarse esta excepción limitándose a «invocar en abstracto el interés público superior», sino que es necesaria la exposición de «un análisis científico detallado y específico del proyecto para llegar a la conclusión de que concurrían las condiciones de una excepción a la prohibición de deterioro».

(...) Es fundamental la observancia, formalista y de fondo, de los requisitos procedimentales. Y la ausencia de la explicación del «interés público superior» en este caso, no puede justificarse en el número de papeles y de informes y de pericias y de escritos (...). El procedimiento, los ritos, son esenciales, en garantía de todos y para concluir en decisiones conforme a Derecho, fruto del estudio y de la transparencia.

En el fundamento de derecho quinto se pone en evidencia que las disposiciones anuladas, objeto de litigio, no solo vulneran la DMA sino también el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, en cuyo artículo 39 se exige un estudio explicativo y justificativo del interés público superior que justifique las modificaciones de las masas de agua que impidan un buen estado ecológico o supongan su deterioro.

5. RETRIBUCIÓN OPERACIONAL DE INSTALACIONES QUE GENERAN ELECTRICIDAD A PARTIR DE FUENTES DE ENERGIA RENOVABLES, COGENERACIÓN Y RESIDUOS

La Sentencia ECLI:ES:TS:2020:2280 resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por FUDEPOR S.L. contra la Orden TEC/1174/2018, de 8 de noviembre, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperiodo 2017-2019. Los motivos de impugnación son que se yerra en la fijación de la retribución por no haber considerado de forma correcta el coste de la adquisición de los derechos de emisión de CO₂, cuyo precio ha experimentado un importante incremento, y que se infringe las normas que regulan la metodología retributiva establecida en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. En consecuencia, la Ro (retribución operación) aprobada no permite a la instalación tipo la obtención de un margen operacional cero ya que al considerar costes de CO₂ inferiores a los reales no se cubren completamente los costes de explotación y no se permite que la retribución a la operación (Ro) cumpla la finalidad prevista en la normativa mencionada, de cubrir "la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción" de las instalaciones tipo.

La sentencia falla desestimando el recurso en base a la argumentación siguiente:

Los artículos 14.4 de la Ley del Sector Eléctrico (el artículo 14.4. 3º de la Ley del sector Eléctrico expresa: "Al menos anualmente se actualizarán los valores de retribución a la operación para aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible") y 20 del Real Decreto 413/2014 (el artículo 20.3 del Real Decreto 413/2014 dice: "Al menos anualmente se revisará, de acuerdo con la metodología que reglamentariamente se establezca, la retribución a la operación para aquellas instalaciones tipo a las que resulte de aplicación y cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible") establecen la regla general de que al finalizar cada

periodo regulatorio (6 años) se podrán modificar/revisar/actualizar todos los valores de los parámetros retributivos menos la vida útil regulatoria y el valor estándar de la inversión inicial de la instalación tipo. La regla general de la actualización de la retribución a la operación al finalizar cada periodo regulatorio tiene dos excepciones, la revisión cada tres años de las estimaciones de ingresos estándar por la venta de energía valorada al precio de mercado y la revisión al menos anual de la retribución operacional de aquellas instalaciones cuyos costes de explotación dependen esencialmente del precio del combustible. En definitiva, se concluye, como la actualización de los costes de los derechos de emisión de CO₂ no se comprende en ninguna de las dos excepciones mencionadas, se debe aplicar la regla general y revisar dicho coste al finalizar el periodo regulatorio.

Esta sentencia tiene un voto particular, formulado por los Magistrados Excmos. Srs. D. Diego Córdoba Castroverde y D. Eduardo Calvo Rojas, donde se discrepa de la interpretación que el parecer mayoritario del Tribunal realiza del art. 14.4 de la Ley del Sector eléctrico y del artículo 20 del Real Decreto 413/2014.

Según los citados Magistrados:

“La referencia que dichos preceptos realizan al combustible no es para especificar el coste que debe ser actualizado sino para concretar la tecnología a las que se aplicará la actualización ("aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible"), pero en ningún caso se afirma que la actualización se referirá tan solo al precio del combustible.

La vinculación de dicha actualización a aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible trata de corregir las disfunciones que se generan en la retribución aquellos elementos que tienen porcentaje alto de volatilidad cuando el peso específico de dichos elementos es especialmente relevante, por lo que su revisión es imprescindible para que una eficiente y bien gestionada recupere sus costes de explotación. Pero esa volatilidad también se aprecia, al menos desde 2018, en el precio de adquisición de los derechos de emisión de CO₂”.

Por ello, acaba expresando el voto particular, la Orden IET/1345/2015, de 2 de julio, por la que se establece la metodología de actualización de la retribución a la operación de las instalaciones con régimen retributivo específico, cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible - que se dicta en desarrollo de los artículos 14.4 de la Ley del sector Eléctrico y 20 del Real Decreto 413/2014 -, incurre en una ilegalidad por omisión al no disponer la inclusión de los costes de los derechos de emisión de CO₂ en las revisiones de las retribuciones operacionales.