

Jurisprudencia contencioso-administrativa: el caso Aznalcóllar

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ

Sumario: 1. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE: LAS SECUELAS JUDICIALES DEL VERTIDO DE AZNALCÓLLAR. 1.1. *Introducción: la adecuada regulación de las potestades de protección del dominio público y la difícil articulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad civil en los daños ambientales.* 1.2. *Los hechos: contexto fáctico y jurídico.* 1.3. *Potestades administrativas y acciones de responsabilidad ejercitadas por las Administraciones públicas: la discutible posición de responsable subsidiario asumida por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.* A) Procedimiento sancionador e indemnización por los daños al dominio público hidráulico. B) Ejercicio de acciones por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía para resarcirse de sobrepagos acordados a particulares como indemnización subsidiaria: la revisión judicial del ejercicio de la potestad de autotutela. 1.4. *Las acciones de responsabilidad planteadas por particulares contra las Administraciones públicas y contra la empresa minera: las dificultades para obtener un resarcimiento.* A) Reclamaciones dirigidas contra la Administración General del Estado o contra la Junta de Andalucía. B) Reclamaciones dirigidas contra la Administración General del Estado, la Junta de Andalucía y Boliden Apirsa S.L. 1.5. *Las acciones de responsabilidad ejercitadas por la empresa minera: las limitaciones de la doctrina constitucional de prohibición de la «doble verdad» en el ámbito de la responsabilidad civil.*—2. OTRAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CON RELEVANCIA PARA EL DERECHO AMBIENTAL. 2.1. *Aspectos procedimentales: pronunciamientos sobre la Evaluación de Impacto Ambiental, información ambiental, consulta preceptiva a la Comisión europea sobre proyectos que afecten a una ZEPA y carácter reglado de la Autorización Ambiental Integrada.* A) Posibilidad de impugnación autónoma de la declaración de no sujeción a Evaluación de Impacto Ambiental y posibilidad de impugnación de la DIA con ocasión del recurso contra la Evaluación Ambiental Integrada. B) Supuestos en que la Evaluación de Impacto Ambiental no tiene carácter preceptivo. C) Efectos de los estudios ambientales: limitación de la discrecionalidad administrativa por las conclusiones de un estudio ambiental. D) Nulidad por omisión de la consulta preceptiva a la Comisión europea de un proyecto que afecta a una ZEPA. E) Información ambiental, legitimación en materia ambiental y carácter no preceptivo de la EIA para el otorgamiento de un permiso de exploración minero. F) Carácter reglado de la Autorización Ambiental Integrada. 2.2. *Infracción del Derecho comunitario y de la legislación básica estatal: nulidad parcial de un Plan Regional de ámbito sectorial de residuos industriales.* 2.3. *El deber de utilizar las «mejores tecnologías disponibles» en materia de telecomunicaciones por motivos ambientales: competencias autonómicas y municipales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.* A) La «cláusula de progreso» en las ordenanzas locales. B) La cláusula de mejor tecnología disponible en la normativa autonómica: la legitimidad condicionada de una fundamentación ambiental.

* * *

1. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE: LAS SECUELAS JUDICIALES DEL VERTIDO DE AZNALCÓLLAR

1.1. INTRODUCCIÓN: LA ADECUADA REGULACIÓN DE LAS POTESTADES DE PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y LA DIFÍCIL ARTICULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS DAÑOS AMBIENTALES

Un accidente como la rotura de la balsa de almacenamiento de residuos mineros de Aznalcóllar sucedida en 1998 y el consiguiente vertido plantea siempre muchas cuestiones sobre su eventual prevención, en este caso derivada de que apenas dos años antes se hubiese autorizado bastante expeditivamente al parecer una ampliación de su capacidad mediante recrecimiento del dique, sin evaluación del impacto ambiental y sin considerar la existencia de filtraciones.

No obstante, dejando de lado el hubiera podido ser y no fue, el objeto de este comentario son las secuelas judiciales del accidente, fundamentalmente las producidas hasta ahora en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aunque también se examinará alguna sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo que ayuda a establecer el contexto. Por supuesto, hubo diligencias previas penales, que pueden conocerse indirectamente, a través de las referencias que se hacen a ellas en diversas sentencias civiles y contencioso-administrativas, diligencias en las que se exoneró a los responsables de la compañía minera por haberse basado la proyección y construcción de la balsa de residuos en los conocimientos geotécnicos usuales, sin haber tenido en cuenta la falta de resistencia de la «arcilla azul del Guadalquivir», lo que según los peritos no era de conocimiento general, y también se exoneró al responsable de autorizar el recrecimiento de la balsa ante la ausencia de una ilegalidad patente, justificándose la «premura» en la autorización por haberse previsto tales recrecimientos en el proyecto original, elaborado veintidós años antes, y por razones sociales, es decir, por la necesidad de aumentar la capacidad de almacenaje de la balsa para permitir la continuidad de la explotación y el mantenimiento de los puestos de trabajo.

A partir de ahí, las conclusiones más evidentes son la existencia de mecanismos adecuados para la represión y reparación de las infracciones contra el dominio público hidráulico y la mala calidad de las normas que regulan los aspectos procedimentales y procesales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, especialmente cuando ésta debe reclamarse en concurrencia con la responsabilidad civil de particulares ¹.

La sanción administrativa, más las consiguientes indemnizaciones accesorias, impuestas por el Consejo de Ministros a propuesta de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir en más de cuarenta millones de euros, pasaron sin casi incidencia el filtro de legalidad del recurso contencioso-administrativo (Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004).

1. Sobre los específicos problemas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en materia ambiental, vid. Alba NOGUEIRA LÓPEZ, «Responsabilidad por daños ambientales», en Tomás QUINTANA LÓPEZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio General y Ámbitos Sectoriales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 1013-1042. Hay una segunda edición todavía en prensa.

No sucede lo mismo con los daños, muy cuantiosos, producidos a los particulares, debido a la inundación y contaminación de suelos de diversas fincas agrícolas en el entorno de los ríos Agrio y Guadiamar. Debido a diversas razones, la vía utilizada para intentar el resarcimiento de los daños ha sido el recurso contencioso-administrativo. La única acción civil que se ha podido detectar y que se reseña en el comentario, es la intentada –sin éxito– por Boliden Apirsa S.L. contra constructora y proyectistas de la balsa minera y de su recrecimiento, demanda finalmente rechazada en casación (Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2012).

Las razones del protagonismo de la Jurisdicción contencioso-administrativa en ese asunto son dobles. Primero, una parte de los perjudicados, posiblemente desconfiando de la capacidad económica de Boliden Apirsa S. A., empresa que se encuentra en liquidación, han intentado obtener una indemnización de la Administración General del Estado – a mi juicio, con pocos visos de éxito desde un primer momento–, de la Junta de Andalucía –lo que en principio habría podido ser más prometedor, debido a la existencia de irregularidades en la autorización del recrecimiento de la balsa, pero se ha saldado a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma en todos los casos– o ejerciendo una acción simultánea contra ambas administraciones públicas y contra Boliden Apirsa S. L. En este último caso, la acción de responsabilidad también se ha visto malograda: la denegación de las reclamaciones de responsabilidad por las administraciones públicas implicadas ha sido por silencio administrativo en inmensa mayoría de los casos y la empresa minera no ha sido notificada de la existencia de tales reclamaciones por la Administración que las tramitaba –notificación que no era obligatoria, según una afirmación más que discutible del Tribunal Supremo–, por lo que en el momento de interponerse el recurso contencioso-administrativo la acción de responsabilidad civil ya habría prescrito (sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2011 y de 6 de marzo de 2012).

El segundo grupo de razones que ha dado el protagonismo al orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha sido de forma mediata la decisión de crear el «Corredor Verde del Guadiamar» para conectar Doñana con la Sierra Norte de Sevilla, para lo que la Junta de Andalucía ha procedido a la adquisición de diversas fincas, muchas de ellas contaminadas, aunque no todas. La Junta de Andalucía ofreció a los propietarios la posibilidad de comprar sus fincas por un precio equivalente al que habrían tenido antes de los daños ecológicos, pero adquiriendo también el derecho a subrogarse en los derechos de resarcimiento que les pudieran corresponder frente al causante del vertido. Los que no aceptaron la oferta fueron expropiados a cambio de un justiprecio mucho menor dada la pérdida de valor de las fincas, criterio confirmado por la jurisdicción contencioso-administrativa. A este segundo grupo pertenecen los que han intentado obtener el resarcimiento mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad, infructuosamente, como ya se ha señalado.

Por su parte, la Junta de Andalucía ejerció las acciones de responsabilidad en virtud de la subrogación en la posición de los antiguos propietarios, reclamando algo más de 79 millones de euros tanto a Bolden Arpirsa S.L., como a las empresas matrices del grupo multinacional. Tanto el juzgado de primera instancia a quien correspondió por reparto del asunto como la Audiencia Provincial de Sevilla parecen no haber considerado

razonable que la Administración de la Comunidad Autónoma ejercitase acciones civiles contra quien es un concesionario demanial de la propia Administración, remitiendo la cuestión al ámbito propio del Derecho administrativo. Atendiendo a esta posición, la Junta de Andalucía, en lugar de plantear el conflicto negativo ante el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, produjo un acto administrativo declarando la responsabilidad solidaria de la empresa concesionaria y de otras dos empresas del mismo grupo. Cada una de las tres empresas recurrió separadamente la resolución. Una de ellas, Boliden B V, solicitó y obtuvo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía una medida cautelar de suspensión de la eficacia del acto, pero con una contracautela o caución de la cantidad declarada en la resolución administrativa incrementada en un veinte por ciento para intereses y gastos. Recurrido el auto en casación, fue confirmado por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 11 de mayo de 2007.

Finalmente se produjo el desenlace, que ha tenido una considerable repercusión en los medios de comunicación porque en tres sentencias –una de 10 y otras dos de 11 de noviembre de 2011– estimaba el recurso de casación y confirmaba la estimación del recurso realizada en su momento por la sentencia de instancia. La razón fundamental es que no existe en nuestro ordenamiento una atribución de potestad de autotutela a la Administración que le permita declarar de forma unilateral y ejecutiva la responsabilidad de un particular. Recuérdese que, como ya se ha dicho y aunque el Tribunal Supremo no se moleste en aclararlo en sus sentencias de noviembre de 2011, la Junta de Andalucía había adquirido los derechos de resarcimiento que estaba ejercitando mediante contratos privados de compraventa a los antiguos propietarios de fincas afectadas por la contaminación. En consecuencia, no estamos ante el resarcimiento de daños al dominio público o, genéricamente, al medio ambiente, sino ante daños a fincas particulares, por lo que el panorama no habría cambiado sustancialmente en este aspecto con la aprobación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.

1.2. LOS HECHOS: CONTEXTO FÁCTICO Y JURÍDICO

No resulta exagerado decir que uno de los casos de daños al medio ambiente con mayor repercusión inmediata de entre los sucedidos en España en los últimos años fue el del vertido provocado por la rotura el 25 de abril de 1998 de la balsa minera (balsa de estériles o presa de residuos) que la empresa Boliden-Apirsa S.L., perteneciente al grupo multinacional sueco-canadiense Boliden Ltd, tenía en la localidad de Aznalcóllar, para la extracción y concentración de mineral de cobre, plomo y zinc. Este tipo de instalaciones mineras están reguladas en el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas de Seguridad Minera, estableciendo la necesidad de proyecto técnico y autorización administrativa (otorgada por la Administración minera, de acuerdo con el propio Reglamento, en este caso, la Junta de Andalucía a partir de la transferencia de la competencia a finales de 1982²) tanto

2. El traspaso de competencias a la Junta de Andalucía en materia de industria, energía y minas se llevó a cabo por Real Decreto 4164/1982, de 29 diciembre, en cuyo Anexo B) se establecen las competencias

para su construcción como para su recrecimiento, reglamento en el que también se establecen deberes de seguimiento y control³. La balsa minera, construida en 1978, había sido recrecida en 1996⁴, para lo que al parecer contaba con la correspondiente autorización administrativa⁵. Esta autorización resultaría polémica, por cuanto en las diligencias penales, que terminaron archivadas, se examinó no sólo la eventual responsabilidad penal de los directivos de Boliden Apirsa S.L., sino también la eventual existencia de una prevaricación administrativa⁶.

Como se recordará, la balsa, de 8 hm³ y que contenía residuos mineros con metales pesados muy contaminantes (piritas y residuos de piroclastos), se rompió por dos de sus lados debido a un deslizamiento del terreno arcilloso, liberando gran cantidad de líquido con una muy alta acidez, en total unos seis millones de metros cúbicos. Aunque el vertido se produjo de forma inmediata en el río Agrio, llegó rápidamente al Guadamar, a su vez afluente del Guadalquivir que discurre a través del Parque natural de Doñana y de su preparque, donde fue frenado y desviado mediante diques para que llegara con más rapidez al Guadalquivir y al mar, trabajos para los que se habilitó un crédito presupuestario extraordinario⁷.

y funciones que asume la Comunidad Autónoma, refiriéndose el apartado III a la minería, estableciéndose, a efectos de transferencia de servicios, la competencia exclusiva de la Junta de Andalucía, entre otras materias, en: e) «Atribuciones relativas a la autorización, inspección y vigilancia de los trabajos de explotación, investigación, exploración y beneficio de minerales y facultades técnicas correspondientes, incluida su aplicación a otros usos. Igualmente la potestad sancionadora y declaración de caducidad».

3. Art. 118: «Las escombreras, los depósitos de residuos, balsas y diques de estériles, cualquiera que fuese su procedencia, se establecerán de acuerdo con un proyecto debidamente aprobado que considere su estabilidad temporal y definitiva. El posible recrecimiento se llevará a cabo de acuerdo con un programa previamente establecido y debidamente autorizado. En la redacción del proyecto se tendrán en cuenta la resistencia del terreno, el vertido de escombreras, los materiales empleados, el ángulo del talud, el drenaje natural o artificial, los movimientos sísmicos o cualquier otra circunstancia determinante». Art. 119: «Durante la ejecución y mantenimiento de la escombrera se efectuará el seguimiento y control que se establezca para verificar los parámetros del proyecto».
4. Los proyectos técnicos serían el inicial de 1978, elaborado por la entidad Internacional de Ingeniería y Estudios Técnicos (INTECSA) y ejecutado por Dragados y Construcciones, S.A. por encargo de la empresa Andaluza de Piritas, S.A. (APIRSA), entonces titular de la explotación minera y en cuya posición jurídica se subrogaría posteriormente Boliden Apirsa, S.L. y un proyecto de recrecimiento del dique elaborado por la entidad GEOCISA en 1996, por encargo de Boliden Apirsa, S.L.
5. Según se recoge en la STS de 21 de abril de 2010, estudiada infra, por resolución de la Delegación Provincial de la Consejería de Industria de 29 de julio de 1996 se aprobó el Proyecto de Recrecimiento de la Balsa.
6. Como se verá más adelante, varias sentencias contencioso-administrativas citan el *Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 16 de noviembre de 2001*, que confirmó el de archivo del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sanlúcar la Mayor, en el que se examinaron entre otras cuestiones las relativas a la existencia de una posible prevaricación administrativa en relación con la aprobación del proyecto de recrecimiento, realizada con «premura», con «inexistencia de informe técnico previo, ni evaluación de impacto ambiental», así como el incumplimiento del «preceptivo trámite de aprobación del recrecimiento por parte de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir». La Audiencia Provincial concluyó la inexistencia del delito, dado que no existiría ilegalidad patente, ya que los sucesivos recrecimientos estaban ya previstos en el proyecto originario y a la concurrencia de «razones sociales», ya que el recrecimiento de la balsa era necesario para la continuidad de la explotación.
7. Real Decreto-ley 4/1998, de 22 de mayo, por el que se concede a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir un crédito extraordinario de 4.500.000.000 de pesetas para financiar actuaciones derivadas de la rotura de la balsa de residuos de la mina de Aznalcóllar, y se autoriza a dicho organismo autónomo

Un primer Decreto de la Junta de Andalucía establecía una serie de medidas excepcionales, además de suspender determinados puntos del PORN de Doñana, todo ello con la finalidad de conseguir la descontaminación de los suelos y el mantenimiento de la actividad de la explotación minera⁸.

Más relevante a efectos de este comentario es el Decreto 116/1998, de 9 de junio, se adoptaron medidas excepcionales para la *adquisición por la Junta de Andalucía de tierras de titularidad privada* afectadas por la rotura de la balsa de decantación, aduciendo en su preámbulo la necesidad de asegurar el control de la calidad de las aguas que fluyen hacia el Parque Natural del entorno de Doñana y de éste al Parque Nacional, propiciando al mismo tiempo el establecimiento de un Corredor Verde que pueda ser utilizado por la fauna para la conexión entre dichos espacios y la Sierra Norte de Sevilla. En la Disposición Adicional Primera del Decreto 116/1998 se establece la *subrogación de la Administración en los derechos que a los propietarios les pudiera corresponder frente a los responsables de los daños causados*.

Posteriormente, por medio del art. 13 de la Ley 11/1998, de 28 de diciembre, la típica ley de acompañamiento, el Parlamento andaluz declaró de utilidad pública e interés social las actuaciones derivadas de la rotura de la balsa, a los efectos de expropiación forzosa de bienes y derechos necesarios para la realización de las actuaciones precisas para recuperar el equilibrio ecológico y los recursos naturales de la zona afectada⁹.

a realizar operaciones de endeudamiento hasta el mismo importe (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 1998), convalidado por el Congreso de los Diputados el 11 de junio de 1998 (BOE núm. 149, de 23 de junio de 1998).

8. Decreto 99/1998, de 12 de mayo, sobre adopción de medidas contra los efectos producidos en el territorio andaluz como consecuencia de la rotura de la balsa de decantación de la mina propiedad de Boliden Apirsa, S.L., ubicada en el término municipal de Aznalcóllar, Sevilla.
9. Ley 11/1998, de 28 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia de Hacienda Pública, de introducción al euro, de expropiación forzosa, de contratación, de Función Pública, de tasas y precios públicos de Universidades, Juegos y Apuestas y Empresa Pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, SA.

«Artículo 13. Declaración de utilidad pública e interés social de las actuaciones derivadas de la rotura de la balsa de decantación de residuos mineros ubicada en el término municipal de Aznalcóllar (Sevilla).

1. Se declaran de utilidad pública e interés social, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios, la realización de las actuaciones precisas para recuperar el equilibrio ecológico y los recursos naturales de la zona afectada por la rotura de la balsa de decantación de residuos de la mina ubicada en el término municipal de Aznalcóllar (Sevilla) de cuya concesión es titular la empresa Bolidén Apirsa, S.L., consistentes en la regeneración, la forestación y la restauración hidrológica-forestal de los suelos, con la finalidad de constituir un corredor verde que garantice, por una parte, la calidad de las aguas que abastecen los Espacios Protegidos de Doñana (actualmente Parque Nacional de Doñana y Parque Natural de Doñana) y el estuario del Guadalquivir y, por otra, el desplazamiento de la fauna silvestre entre los espacios naturales que se conectan: Comarca de Doñana y Sierra Morena, así como la dotación de equipamientos e infraestructuras que contribuyan, con estricto respeto a los valores naturales, a la instauración del uso público y de actividades de educación ambiental.

2. El ámbito territorial máximo en el que se llevarán a cabo las actuaciones previstas en este artículo viene definido por los límites que figuran en el anexo cartográfico de esta Ley.

3. El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía procederá a aprobar las correspondientes actuaciones contenidas en cada proyecto, así como las modificaciones del mismo, que llevarán implícitas la declaración de necesidad de ocupación de los bienes y de adquisición de los derechos que se estimen necesarios para la realización de las consideradas actuaciones.

Cada proyecto de actuación deberá comprender, en su caso, la definición de su trazado y la determina-

Posteriormente, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 4 de mayo de 1999, se aprobaron las actuaciones necesarias para la ejecución del proyecto de regeneración y adecuaciones para el uso público del denominado Corredor Verde del Guadiamar y se declaró la urgente ocupación a efectos de expropiación forzosa de las fincas afectadas. Esto ha facilitado que sobre la zona dañada por los lodos piríticos procedentes del vertido y sobre el terreno circundante expropiado, todavía contaminado, se ha delimitado el espacio de protección natural del Corredor Verde del Guadiamar, declarado por la Junta de Andalucía «Paisaje Protegido» por Decreto 112/2003, de 22 de abril de 2003 (BOJA núm. 78, de 25 de abril de 2003), un corredor ecológico que une Sierra Morena y Doñana. En dicho corredor se ha prohibido la pesca, la caza, el pastoreo y la recolección, además de continuar las actividades de reforestación.

Resulta significativo que en la Sentencia de 18 de octubre de 2006, el Tribunal Supremo considerase exentas de evaluación de impacto ambiental las actuaciones subsiguientes al accidente, dada la gravedad de los daños y la urgencia de la reacción¹⁰.

Este asunto ha dejado un reguero de pronunciamientos judiciales, fundamentalmente contencioso-administrativos y civiles, puesto que las actuaciones penales fueron archivadas. En todo caso, debe resaltarse el contexto normativo: los hechos son anteriores a la aprobación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que supuso la transposición al Derecho español de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales. Como es sabido, en este texto legal se establece un seguro obligatorio para actividades como las de Boliden y se reconoce a la Administración Pública potestades para la reparación de los daños, incluida la previsión de la repercusión de los costes de reparación ambiental en los sujetos causantes de los daños a través de un procedimiento administrativo específico en el art. 48. No obstante, se excluyen de su ámbito de aplicación los daños producidos a particulares (art. 5), lo que en el presente caso no suponía una parte pequeña de los daños causados.

Como es lógico, las primeras actuaciones judiciales que siguieron a los hechos fueron las diligencias previas penales instruidas por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Sanlúcar la Mayor contra varios directivos de la empresa minera, actuaciones que terminaron en un auto de archivo que sería confirmado en apelación. De acuerdo con las noticias sobre su contenido que pueden extraerse de diversas resoluciones de otros órdenes jurisdiccionales, fundamentalmente de la Sentencia núm. 963/2011, de 11 enero de 2012, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a la que luego se volverá, el auto de archivo se basó fundamentalmente en el informe de los peritos designados por el juez de instrucción en el que se indicaba como causa de la rotura la *insuficiente resistencia a lo largo del plano basal por la existencia de altas presiones de agua intersticial dentro de la arcilla azul de cimentación, originadas por los pesos acumulados de los estériles y del dique de contención,*

ción de los terrenos, construcciones y otros bienes y derechos que se estime preciso ocupar o adquirir para la realización de las mismas».

10. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 18 de octubre de 2006, recurso núm. 4304/2003 (RJ 2006, 9445), ponente Agustín Puente Prieto.

y, como segunda causa, la *fragilidad de la arcilla azul del Guadalquivir*, descartando cálculos erróneos porque la fragilidad del terreno no era por entonces de general conocimiento. De acuerdo con lo transcrito por el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de enero de 2011, ya citada, ante las preguntas que se formularon por escrito a los peritos judiciales por las partes personadas en el procedimiento penal, no hubo «cálculos erróneos» en el proyecto de cimentación, afirmando «que los análisis numéricos en problemas con materiales frágiles, que dan lugar a fenómenos de rotura progresiva, tienen problemas teóricos de tipo fundamental, no resueltos adecuadamente en el momento presente», además de que «esa fragilidad no era de general conocimiento» y que el problema de cimentación no era sencillo, planteaba cuestiones no habituales y se abordó «con criterios propios de una práctica geotécnica convencional».

No obstante, podría haber resultado relevante la existencia de una denuncia realizada por un facultativo de minas ante la Dirección General de Obras Hidráulicas de la Junta de Andalucía por haber llevado a cabo Boliden sucesivos recrecimientos de la presa a partir de enero de 1989, haber unido en una sola y gran plataforma de agua lo que antes eran dos vasos separados por un espigón central (uno para residuos de piritas y otro para residuos de piroclastos), estar contaminando los ríos Agrío y Guadiamar por filtraciones de aguas procedentes de la balsa y por haber abierto veintinueve pozos con bombas para achicar el agua procedente de esas filtraciones, mandándola otra vez a la balsa, pozos que penetraban hasta once metros en las margas del suelo, contribuyendo a fragilizarlo. Denuncia a raíz de la cual se practicó una visita de inspección por servicios técnicos de la Junta de Andalucía y Boliden encargó a la empresa Geocisa la instalación de inclinómetros y placas de asiento para medir movimientos y de piezómetros para medir el nivel freático, además de elaborar un proyecto técnico puesto que la Junta de Andalucía había ordenado que Boliden presentara un proyecto técnico de recrecimiento de la presa, de planta depuradora, de recogida perimetral de las filtraciones y de canal de agua de balsa a depuradora. Estos trabajos no llegaron a finalizarse debido a la rotura del dique.

1.3. POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y ACCIONES DE RESPONSABILIDAD EJERCITADAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA DISCUTIBLE POSICIÓN DE RESPONSABLE SUBSIDIARIO ASUMIDA POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

Entre las secuelas judiciales del caso, la última con repercusión pública ha sido la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2011¹¹ por la que, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, anula el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía del 23 de marzo de 2004 que declaró que las empresas del grupo minero estaban «obligadas solidariamente» a reembolsar los costes asumidos por la Junta como consecuencia de la rotura de la balsa minera, estimados en

11. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 10 de noviembre de 2011, recurso de casación núm. 775/2008 (RJ 2012, 289), ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

89,9 millones de euros. Esta sentencia ha generado una cierta «alarma social» a tenor de lo que ha podido leerse en diversos medios de comunicación¹².

A) Procedimiento sancionador e indemnización por los daños al dominio público hidráulico

En estas noticias de prensa no se menciona la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004¹³, que en su momento sí fue objeto de atención doctrinal desde la perspectiva, precisamente, de la responsabilidad civil¹⁴. Este primer pronunciamiento del Tribunal Supremo confirmó en única instancia la sanción a Boliden-Apirsa S. L. impuesta por el Consejo de Ministros el 2 de agosto de 2002, a propuesta de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, incluida la calificación como infracción muy grave basándose en la gravedad de los daños, aún admitiendo la falta de voluntariedad y la ausencia de beneficios, por lo que se considera legal la multa de algo más de 600 mil euros. El procedimiento administrativo sancionador, iniciado el mismo día del vertido por la Confederación Hidrográfica, estuvo un tiempo suspendido debido a la existencia de diligencias penales, reanudándose a su archivo, aunque incorporando los peritajes realizados durante las actuaciones penales. Además de la multa en sí misma, el Tribunal Supremo también confirmó una indemnización accesoria a la sanción de algo más de 2 millones 870 mil euros, puesto que los trabajos de restauración se prolongaron durante meses, por lo que no fue inmediata la reparación. No obstante, sí se estimó parcialmente el recurso de la empresa, por cuanto, aunque finalmente se confirma la repercusión hecha en la misma resolución de los gastos de restauración asumidos por la Administración General del Estado, estableciendo que dada la magnitud del desastre y la urgencia de las medidas, era precisa una intervención inmediata de la Administración, sin que hubiera lugar a que se permitiese que la empresa Boliden realizase la restauración por sus propios medios. Pero, no obstante, descuenta algunas partidas que ve sin relación con las actuaciones de restauración, como expropiaciones forzosas u obras hidráulicas en Doñana, lo que supuso un descuento de 1.352.772,17 €, a deducir de los originales 41.606.316,75 € en que había cuantificado el Estado sus gastos. Es decir, que se confirmó una deuda de Boliden de algo más de 43 millones de euros.

12. Por ejemplo, entre otros, «El Supremo exime a Boliden del pago de 89,9 millones por el vertido de Aznalcóllar», diario El País de 6 de diciembre de 2011; en términos muy similares, «El Supremo exime a Boliden de pagar por el vertido de Aznalcóllar», diario El Mundo de 6 de diciembre de 2011; o «La Junta peleará para que Boliden pague por el vertido de Aznalcóllar», diario La Vanguardia de 7 de diciembre de 2011, en el que se citan declaraciones de un portavoz parlamentario motejando del grupo socialista en el Parlamento andaluz de «inexplicable» la sentencia
13. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 20), recurso contencioso-administrativo núm. 174/2002, ponente Ricardo Enríquez Sancho.
14. SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, «España c. Boliden Apirsa. Comentario a la STS, 3ª, 22.11.2004», en *InDret*, núm. 292, 2005, pgs. 1-13.

Aparte de una alegación de caducidad del procedimiento sancionador un tanto forzada, el elemento jurídico más relevante en la argumentación de la recurrente estribaba en la ausencia de negligencia por su parte y, en consecuencia, la vulneración del art. 24.2 de la Constitución al imponer una sanción basada en una responsabilidad objetiva. La construcción de la balsa origen del accidente tuvo lugar en 1978, cuando la empresa originalmente titular de la explotación, Andaluza de Piritas S.A. (Apirsa), encargó a la empresa Internacional de Ingeniería y Estudios Técnicos S. A. (Intecsa) un proyecto de construcción de un dique de contención para una balsa de almacenamiento de residuos mineros en Aznalcóllar, proyecto que, al parecer, habría sido ejecutado por Dragados y Construcciones S.A. En marzo de 1996, Boliden Apirsa S. L., que había sucedido a Apirsa como titular de la explotación, encargó a una empresa especializada, Geotecnia y Cementos S. A. (Geocisa), un informe sobre la estabilidad de la balsa y en junio de ese mismo año un proyecto de recrecimiento del dique. El control de la instalación quedó encomendado a Geocisa. Estos hechos son invocados por Boliden, pero el Tribunal Supremo no acepta el argumento (fundamento undécimo):

«Alega la parte actora que la presencia de estas empresas [Intecsa y Geocisa] rompe el nexo causal que pudiera existir entre ella y la rotura de la balsa, que sería imputable sólo a aquellas, en particular a Geocisa, que fue quien diseñó el plan de austerización y a quien se encargó la realización de los pertinentes controles. Sin embargo, *la responsabilidad administrativa no es delegable. A Boliden Apirsa, SL le es imputable la culpa en la elección de esa empresa y la culpa por no haberse implicado mas directamente en la vigilancia de unos instrumentos de control creados para mantener en situación de seguridad una situación de riesgo creada por ella en el ejercicio de su actividad.*»

De acuerdo con los informes periciales realizados durante las diligencias penales y en los que la Administración basó su resolución y que son citados por el Tribunal Supremo, *la rotura de uno de los diques de la balsa se debió a que ni en el proyecto de construcción original, ni en los posteriores estudio de estabilidad y proyecto de recrecimiento de 1996, se previó adecuadamente el comportamiento del subsuelo*, concretamente de dos factores claves: la fragilidad de la arcilla y, por tanto, la posibilidad de desencadenar un fenómeno de rotura progresiva y las altas presiones del agua en el cimiento arcilloso. Inicialmente no se instalaron instrumentos de observación del comportamiento del subsuelo y, cuando se instalaron, no se detectó la avería de dos de los inclinómetros, que podría haber servido para seguir el comportamiento del suelo y haber previsto la rotura, aunque puedan surgir dudas sobre ello. En todo caso, parece claro que el fundamento determinante de la confirmación judicial de la resolución del Consejo de Ministros es una concepción de la responsabilidad por riesgo que lleva prácticamente al agotamiento de la diligencia (fundamento quinto, *in fine*):

«ha de advertirse a continuación que *la diligencia exigible a quien ejerce una actividad generadora de un riesgo está en proporción a la gravedad de los riesgos creados*, de tal modo que tanto mayor será la diligencia exigible cuanto mayor sea el riesgo creado y que en el caso presente, Boliden Apirsa, S.L. estaba obligada a observar la máxima diligencia tanto en la construcción como el mantenimiento de la balsa de residuos mineros de Aznalcóllar habida cuenta que su rotura era susceptible de causar unos efectos tan devastadores como los que efectivamente se produjeron.»

B) Ejercicio de acciones por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía para resarcirse de sobrepuestos acordados a particulares como indemnización subsidiaria: la revisión judicial del ejercicio de la potestad de autotutela

La decisión de la Junta de Andalucía de declarar administrativamente la responsabilidad civil solidaria de Boliden Apirsa S.L. y otros dos empresas de su grupo frente a la propia Junta por los desembolsos hechos por ésta como al haber asumido de forma subsidiaria la indemnización de terceros perjudicados por el vertido ha dado lugar a tres sentencias del Tribunal Supremo, una de 10 de noviembre de 2011 y otras dos de 11 de noviembre de 2011, además de una sentencia anterior, relativa a las medidas cautelares solicitadas por la empresa minera que actuaba como demandante. Este otro pronunciamiento es la Sentencia de 11 de mayo de 2007¹⁵, por la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por Boliden BV contra el auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía acordando la suspensión cautelar solicitada, pero estableciendo una contracautela por la cantidad reclamada –algo más de 89 millones de euros–, más un 20 por ciento para intereses y gastos. Si bien el Tribunal Supremo reconoce que el primer auto adolecía de motivación insuficiente, el defecto habría sido subsanado en el auto por el que el propio Tribunal Superior de Justicia resolvió el recurso de suplica. En cuanto a los argumentos de fondo, el Tribunal Supremo rechaza la pretensión de Boliden BV de que no se le obligase a prestar caución alguna, aduciendo por un lado que su aseveración de que el deber de prestar caución como responsable solidaria comportaba una aplicación indebida de la doctrina del levantamiento del velo, ya que ese deber se hacía derivar únicamente del carácter de accionista mayoritaria de Boliden BV en Boliden Apirsa S.L., suponía «questionar la legalidad del acuerdo administrativo impugnado en un momento procesal en que se carece de los mínimos datos que permitan llevar a cabo un juicio provisional acerca de la apariencia del buen derecho de la decisión objeto del pleito» y, todavía más importante, la adopción de la contracautela resultaría prácticamente obligada a la vista de la regulación establecida en la Ley Jurisdiccional (fundamento segundo):

«... si bien es cierto que el artículo 133 de la Ley de esta Jurisdicción utiliza la expresión podrán para la adopción de esas contracautelas o garantías, es doctrina jurisprudencial consolidada que no se trata de una facultad discrecional para adoptar éstas, sino que las mismas deberán imponerse o exigirse cuando de la medida cautelar se pudiesen derivar perjuicios de cualquier naturaleza para el interés general o para terceros.»

Finalmente, el Tribunal Supremo afirmaba que un incremento del veinte por ciento sobre la cantidad adeudada en virtud del acto administrativo suspendido no suponía un incremento contrario al principio de proporcionalidad.

Volviendo a la Sentencia de 10 de noviembre de 2011, seguida en su argumentación por las otras dos del día siguiente, en ella se confirma, sin entrar en el fondo del asunto

15. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 11 de mayo de 2007, recurso de casación núm. 229/2005 (RJ 2007, 4870), ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

to, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de diciembre de 2007, que estimó el recurso contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 23 de marzo de 2004, por el que se había declarado administrativamente que las entidades Boliden Apirsa S. L., Boliden AB y Boliden BV estaban solidariamente obligadas a rembolsar a la Junta de Andalucía los gastos asumidos por ésta subsidiariamente por la rotura de la balsa minera de Aznalcóllar.

El origen principal de estos gastos parece estar, aunque no se diga expresamente en la Sentencia, en las medidas articuladas en el Decreto 116/1998, de 9 de junio, por el que se adoptaron «medidas excepcionales para la *adquisición por la Junta de Andalucía de tierras de titularidad privada* afectadas por la rotura de la balsa de decantación», tierras que, según se motivaba en el preámbulo, eran necesarias para asegurar el control de la calidad de las aguas que fluyen hacia el Parque Natural del entorno de Doñana y al Parque Nacional, además de para establecimiento del Corredor Verde cuya finalidad es la conexión entre dichos espacios y la Sierra Norte de Sevilla para la fauna. En la Disposición Adicional Primera del Decreto 116/1998 se establece la *subrogación de la Administración de la Comunidad Autónoma en los derechos que a los propietarios les pudieran corresponder frente a los responsables de los daños causados*. Efectivamente, las adquisiciones se produjeron de forma voluntaria a un precio superior al que se estableció como justiprecio expropiatorio, dado que a efectos de justiprecio se tuvo en cuenta la depreciación producida por los daños ecológicos. Desigualdad que ha sido considerada legal por el Tribunal Supremo¹⁶. En consecuencia, la Junta de Andalucía actuaba como adquirente, en virtud de la adquisición mediante negocios privados de compraventa, de fincas afectadas por el vertido y de los derechos de indemnización que hubieran podido corresponder a los transmitentes frente al causante del vertido.

El *iter* que ha llevado a esta última resolución se había iniciado con el auto de 28 de diciembre de 2002 del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Sevilla, que inadmitió la demanda civil de reclamación de indemnización por costes y gastos presentada por la Junta de Andalucía contra las entidades Boliden S.L., Boliden AB y Boliden BV, «por no tener competencia jurisdiccional este juzgado para conocer de la misma, correspondiendo a la Administración resolver sobre la misma, con posibilidad de acudir posteriormente a la Jurisdicción contencioso-administrativa», resolución confirmada por la Audiencia Provincial de Sevilla. Presentado recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, se inadmitió con el argumento de que la Administración había «acudido

16. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, sección sexta), de 29 de noviembre de 2011, recurso de casación núm. 3577/2008, ponente Luis María Díez-Picazo Jiménez, fundamento tercero:

«... tal como se deduce de la Disposición Adicional Primera del mencionado Decreto, en la oferta realizada por la Administración autonómica se incluía la subrogación de la Administración en los derechos que a los propietarios les pudiera corresponder frente a los responsables de los daños causados, razón por la que no es extensible a terceros, puesto que en aquellas concurrían circunstancias ajenas a la verdadera valoración de los bienes expropiados, siendo cuestiones ajenas a la valoración de las fincas la ocupación de los terrenos para la limpieza de los lodos tóxicos y el estado de las fincas cuando se inició el expediente expropiatorio, ya que la valoración del Jurado se ha realizado teniendo en cuenta la indisponibilidad de los terrenos y su rentabilidad que estaría cercana a la inexistencia ...».

en amparo antes de iniciar la vía administrativa y contencioso-administrativa a la que remiten los órganos jurisdiccionales civiles», de acuerdo con la cita que el Tribunal Supremo hace del Auto del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2005, que no he podido localizar.

La consecuencia de las resoluciones civiles fue el Acuerdo de 23 de marzo de 2004 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, declarando que las entidades Boliden Apirsa SL, Boliden AB y Boliden BV estaban obligadas solidariamente a reembolsar a la Junta de Andalucía los gastos y costes por ella asumidos subsidiariamente con motivo del vertido producido por la rotura de la balsa minera de Aznalcóllar. Frente a dicho Acuerdo se presentaron varios recursos contencioso-administrativos ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, estimados en tres sentencias que anularon el acto recurrido «por falta de competencia de la Administración para su dictado, declarando la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para su pronunciamiento respecto de la acción de reembolso ejercitada».

Contra estas sentencias se interpusieron los correspondientes recursos de casación, habiendo sido dictadas la sentencia del 10 y las dos del 11 de noviembre, correspondientes a los recursos planteados por la filial española y por otras empresas del grupo que habían sido declaradas solidariamente responsables¹⁷. En ellas, el Tribunal Supremo desestima los recursos sin llegar a entrar en el fondo del asunto –al igual que el Tribunal Superior de Justicia–, confirmando íntegramente los pronunciamientos de instancia por carecer la Administración en este ámbito de la potestad de autotutela, lo que se deduce de la inexistencia de «precepto legal alguno en la fecha del dictado de la resolución que otorgara a la Administración habilitación para reclamar mediante un procedimiento administrativo la reparación de unos daños amparados en un título de derecho privado», como habían declarado las sentencias de instancia. Aunque admite el Tribunal Supremo que la Administración fue inducida a adoptar el acto administrativo impugnado por lo resuelto en los autos de la Jurisdicción civil, «no cabe que, para enmendar un yerro, esta jurisdicción contencioso administrativa incurra en otro mayor, vulnerando el principio de legalidad que, en su formulación positiva, exige la atribución expresa y determinada de potestades de autotutela a la Administración para limitar libertades y derechos individuales».

En la sentencia de 10 de noviembre de 2011 se resume la cuestión en términos sucintos (fundamento quinto):

17. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 11 de noviembre de 2011, recurso de casación núm. 5963/2007 (RJ 2012, 2142), ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 2 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 304709), estimatoria del recurso interpuesto por Boliden AB. Y Sentencia del Tribunal Supremo, de la misma Sala y sección, de 11 de noviembre de 2011, recurso de casación núm. 398/2009 (RJ 2012, 290), ponente María del Pilar Teso Gamella, contra Sentencia de 25 de noviembre de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso contencioso-administrativo núm. 558/2004, estimatoria del recurso interpuesto por Boliden BV.

«...lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 30/1992 es inaplicable, ya que la Administración no está habilitada, en virtud de lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Minas, para declarar la responsabilidad solidaria de las entidades mercantiles referidas en el acuerdo impugnado con el fin de reembolsarse los costes y gastos realizados subsidiariamente por la propia Administración para reparar los daños ambientales causados por el vertido producido al fracturarse la balsa minera de Aznalcóllar ...»

En consecuencia, el *quid* de la cuestión está en el significado y alcance del art. 81 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas:

«Todo titular o poseedor de derechos mineros reconocidos en esta Ley será responsable de los daños y perjuicios que ocasione con sus trabajos, así como de los producidos a aprovechamientos colindantes por intrusión de labores, acumulación de agua, invasión de gases y otras causas similares y de las infracciones que cometa de las prescripciones establecidas en el momento del otorgamiento para la protección del medio ambiente, que se sancionarán en la forma que señale el Reglamento, pudiendo llegarse a la caducidad por causa de infracción grave.»

Podría interpretarse que se está habilitando a la Administración a establecer las responsabilidades en que haya podido incurrir el concesionario, no únicamente en materia sancionadora. Sin embargo, como dice el Tribunal Supremo (fundamento séptimo):

«Respecto de la indebida aplicación del artículo 81 de la Ley de Minas, el Tribunal a quo ha entendido, con toda corrección, que “dicho precepto únicamente contiene una referencia a la responsabilidad del titular o poseedor de los derechos mineros”, pero “en ningún caso, puede entenderse que por dicho precepto se otorgue competencia a la Administración para exigir, sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia, el reintegro de los daños sufridos, sino, al contrario, tiene por finalidad esclarecer que los terceros perjudicados han de reclamar los daños al titular de la explotación y no a la Administración”.

Como acabamos de indicar en el fundamento jurídico anterior, sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, y por ello el referido artículo 81 de la Ley de Minas no otorga una habilitación para proceder a la autotutela de la Administración, sino que tal precepto sólo contiene una regla general de distribución de responsabilidad entre el Estado, titular del demanio minero, y el poseedor o titular de los derechos mineros, que, por tanto, no autoriza a la Administración a declarar por sí misma responsable del reembolso de los gastos a determinadas entidades mercantiles sin acudir a la vía judicial, régimen que, respecto de los daños ambientales, como certeramente apunta la Sala de instancia en su sentencia, ha experimentado una modificación con la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental, que no era aplicable, por razones cronológicas, en el supuesto enjuiciado, de modo que el primer motivo de casación es desestimable al igual que los hasta ahora examinados.»

Aunque no constituya la *ratio decidendi* de la sentencia, puesto que la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental se considera expresamente inaplicable al caso por razones temporales, puede puntualizarse que con toda probabilidad tampoco lo hubiera sido *ratione materiae*, puesto que la Junta de Andalucía pretende la repercusión sobre el causante de los daños de las indemnizaciones y compensaciones

pagadas a particulares perjudicados y, sin embargo, en el art. 5.1 de la Ley de responsabilidad medioambiental se hace una salvedad para los daños sufridos por particulares:

«Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se registrarán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación.»

Dejando de lado esta cuestión, es evidente que si bien pueden localizarse fácilmente sentencias en las que aparece la responsabilidad patrimonial de la Administración pese a la existencia de un concesionario, apelándose a la acción de regreso de la Administración, se entiende que por vía administrativa, se trata de supuestos de concesión de servicios públicos o incluso de obra pública, en los que existe una actividad de la que la Administración es titular (por ejemplo, STS de 29 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6683]), no a supuestos de concesionarios de dominio público, como sería el presente supuesto, en el que la jurisdicción contencioso-administrativo no parece dudar en absoluto de la inexistencia de potestades administrativas respecto a la responsabilidad civil de los concesionario. Distinción que sí aparece perfectamente recogida en algún pronunciamiento de órganos del orden jurisdiccional civil, precisamente referido a un accidente derivado de una mina, aunque se tratase de la falta de vallado de un mina en desuso. En este sentido, en la Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 25 de enero de 1995, fundamento segundo, se argumentaba:

«Por lo que se refiere a la excepción prevista en el núm. 1 del art. 533 de la LECiv, la sustenta el apelante (...) en el art. 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, conforme al cual «cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión...» (...). Alegaciones estas que no pueden prosperar ya que la invocación del art. 123 de la LEF *se refiere a contratista o concesionario de servicios públicos y no a concesionario de dominio público; categorías perfectamente diferenciadas* por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Mientras que en la concesión de servicio público el contratista se coloca en la posición de la Administración para gestionar indirectamente frente a terceros una competencia encomendada a aquélla y que extinguida, revocada o rescatada la concesión vuelve a la Administración concedente, incluso con los medios materiales que le han servido de soporte, *en el caso de las concesiones demaniales, paradigma de las cuales es la minera, el beneficiario de la concesión explota el bien incorporando lo explotado a su patrimonio y llegando en ocasiones a la extinción física del propio objeto concesional*. Esta aprehensión que algún sector de la doctrina ha denominado incorporación de fracciones del dominio público al patrimonio privado, supone que *fuera de las reglas administrativas que rigen el otorgamiento demanial, las relaciones entre el explotador demanial, en este caso minero, y los terceros se rijan ordinariamente por el derecho privado*. Y sin que a ello empiezan las facultades administrativas de policía del demanio que suponen una relación bilateral entre concedente y concesionario, sin menoscabo de las denuncias que puedan ser presentadas por particulares ante el ente público a efectos sancionadores de acuerdo con el art. 81 de la vigente Ley de Minas.»

Por último, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo remite a la Junta de Andalucía al recurso previsto en el art. 50 LOPJ para los casos en que un órgano jurisdiccional declare su falta de jurisdicción por resolución judicial firme, recurso que deberá resolver la Sala de Conflictos. No obstante, no parece clara su pertinencia en este caso porque, como señala el Tribunal Supremo, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo sí era competente para conocer del recurso contra un acto administrativo acordado por la Junta de Andalucía, acto que ha sido declarado inválido por incompetencia de la Administración para adoptarlo. Aunque tampoco encaje exactamente, el supuesto parece más similar a los previstos en Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, concretamente el conflicto negativo a que se refiere el art. 13 de esa Ley Orgánica, aunque pueden suscitarse dudas sobre si todavía puede interponerse en este momento, cuando ha pasado tanto tiempo desde la firmeza de las resoluciones del orden civil por los que se declaró su incompetencia.

En todo caso, la afirmación de partida, es decir, la asunción por la Junta de Andalucía de la posición de responsable civil subsidiario es sumamente discutible. ¿Cuál sería el título de esa responsabilidad?. Implícitamente parece basarse en la titularidad del recurso minero, puesto que se trata de una competencia transferida y la supervisión de la explotación minera correspondía a la Junta de Andalucía. El Tribunal Supremo rechaza implícitamente esa posibilidad: si aplicásemos el art. 123 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (análogicamente, puesto que se refiere expresamente a concesionarios de servicios públicos): «la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, [...] la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla». Si el precepto se hubiese considerado aplicable, la Administración hubiese podido declarar ejecutivamente la responsabilidad del concesionario y, en tanto esa resolución se ejecutase en sus propios términos, asumir la deuda con los perjudicados subrogándose en su posición jurídica. Si no es así, no hay título para que la Administración pueda considerarse responsable civil subsidiario: estaremos, en todo caso, ante una gestión de negocios ajenos y la acción a ejercitar será la de enriquecimiento sin causa.

1.4. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD PLANTEADAS POR PARTICULARES CONTRA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CONTRA LA EMPRESA MINERA: LAS DIFICULTADES PARA OBTENER UN RESARCIMIENTO

Aunque sin obtener éxito en ningún caso, los particulares perjudicados han intentado todas las posibilidades de ejercicio de la acción de responsabilidad: contra la Administración General del Estado, por incumplimiento por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de sus deberes de vigilancia del dominio público hidráulico –a mi juicio, la posibilidad más endeble–; contra la Junta de Andalucía, como competente en materia de minas y Administración que autorizó el recrecimiento de la balsa siniestrada en 1996 en un procedimiento, al parecer, plagado de irregularidades, pero cuya omisión a sus deberes los tribunales contencioso-administrativos han considerado insuficientemente probada; y contra las dos administraciones públicas implicadas más la empresa minera

propietaria de la balsa de residuos, respecto de la cuál la acción no ha salido adelante debido a un problema procesal.

Se trata de particulares que en su momento no aceptaron la oferta de compra de sus tierras realizada por la Junta de Andalucía, por lo que sufrieron expropiaciones en los que el justiprecio se ajustó a la disponibilidad de unas fincas afectadas por el vertido primero, e incluidas en el Corredor Verde del Guadiamar, posteriormente, por lo que recibieron una compensación sensiblemente inferior al valor que tenían antes del vertido, además de deber cesar en la explotación¹⁸.

A) Reclamaciones dirigidas contra la Administración General del Estado o contra la Junta de Andalucía

Se ha podido localizar dos sentencias del Tribunal Supremo que ponen fin a sendos procesos contra la Administración General del Estado, cuyo objeto en ambos casos era la denegación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Ministerio de Medio Ambiente: la sentencia de 21 de abril de 2010¹⁹ y la sentencia de 29 de septiembre de 2010²⁰, que cita expresamente la anterior, invoca el principio de unidad de doctrina y utiliza una argumentación muy similar, lo cuál por otra parte es lógico pues el ponente de ambas es el mismo.

En el caso resuelto por la sentencia de 21 de abril de 2010, lo que se reclama es una cantidad por daños sufridos por una explotación agrícola, una vez deducida la cantidad percibida como justiprecio expropiatorio de la Junta de Andalucía.

Por el recurrente se imputa a la Administración General del Estado *una responsabilidad «in omitendo» en materia de control y protección del dominio público hidráulico*. Sin embargo, ya en la sentencia de la Audiencia Nacional se recogía la existencia de una serie de controles de pureza de las aguas en los ríos Agrio y Guadiamar, efectuados en puntos fijos de forma periódica, con la finalidad de controlar no sólo una eventual contaminación debido a la balsa de residuos, sino también al vertido de depuradora de la explotación minera, arrastre de contaminación natural de la franja pirítica, escombreras y sus lixiviados y otros.

El recurso se basaba en que *la empresa titular de la autorización minera, Boliden Apirsa, necesitaba autorización administrativa de la Administración hidráulica por cuanto suponía el ejercicio de una actividad potencialmente contaminante, con independencia de que se encontraba dentro o fuera del dominio público hidráulico*, según deduce el recurrente del hecho de que la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir realizaba análisis periódicos, lo que

18. Tales términos para el cálculo del justiprecio fueron considerados legales en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 6ª), de 29 de noviembre de 2011, recurso de casación núm. 3577/2008, ponente Luis María Díez-Picazo Jiménez.

19. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª) de 21 de abril de 2010, recurso de casación núm. 7609/05 (RJ 2010, 4694), ponente Agustín Puente Prieto.

20. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 29 septiembre 2010, recurso de casación núm. 2020/2006 (RJ 2010, 6865), ponente Agustín Puente Prieto.

se confirma, en su opinión también, por la existencia de una sanción impuesta por el Consejo de Ministros a la empresa Boliden Apirsa por los vertidos realizados. El TS lo rechaza (fundamento segundo):

«...al producirse los daños en la finca del recurrente como consecuencia de la rotura de la balsa ubicada fuera del dominio público, no resultaba responsabilidad de la Administración del Estado, en su condición de titular del dominio público hidráulico, la concesión de ninguna autorización administrativa, que sólo había de obtenerse de la administración competente en el ámbito de la legislación minera...»

En cuanto a la Sentencia de 12 de diciembre de 2011²¹, lo que resuelve es el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que había confirmado la desestimación por silencio administrativo de una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Administración de la Comunidad Autónoma. La desestimación se basa en la falta de prueba de la omisión:

«A la anterior conclusión [la no apreciación de una conducta infractora de la administración demandada en el origen de los daños] debemos estar por lo que no se ha mostrado el engarce de la situación aquí producida con la examinada en la Sentencia de 7 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7393), rec. apelación 8879/1992 sobre la inobservancia por la administración de sus deberes. Tampoco se muestra el incumplimiento del deber de vigilancia enjuiciado en Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8464), rec. casación 9881/2003.

Debe recordarse que como dijo la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2004, la rotura de la balsa tuvo lugar por no incorporar el proyecto técnico de construcción determinadas prescripciones. Y, no se acredita ante este Tribunal que fue obligación de la administración autonómica comprobar la adecuada redacción técnica del proyecto pues del mismo responden, en su caso, sus autores y beneficiarios.»

B) Reclamaciones dirigidas contra la Administración General del Estado, la Junta de Andalucía y Boliden Apirsa S.L.

Entre las acciones de responsabilidad ejercitadas por particulares tiene un particular interés la resuelta por Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2011²², debido a que en ella se reclama la indemnización no sólo a las dos administraciones públicas implicadas –el Ministerio de Medio Ambiente y la Junta de Andalucía–, sino también a Boliden Apirsa S.L. La Audiencia Nacional desestimó en instancia el recurso contra la doble denegación por silencio administrativo tanto por la Administración del Estado como por la Junta de Andalucía (Sentencia de 15 de abril de 2009 [RJCA 2009, 491]) y contra esa sentencia se recurrió en casación ante el Tribunal Supremo. Muy

21. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª), de 12 de diciembre de 2011, recurso de casación núm. 5676/2009 (RJ 2012, 2672), ponente Celsa Pico Lorenzo.

22. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 28 de diciembre de 2011, recurso de casación núm. 4695/2009 (RJ 2012, 462), ponente Celsa Pico Lorenzo.

similar en cuanto a las partes y al fallo es la Sentencia de 6 de marzo de 2012, que cita a la anterior y la sigue, mucho más resumidamente, en su argumentación²³.

Se recurre en casación la sentencia de la Audiencia Nacional que había desestimado el recurso contencioso-administrativo contra las denegaciones por silencio administrativo del Ministerio de Medio Ambiente y de la Junta de Andalucía de la reclamación de responsabilidad patrimonial contra ambas AAPP y contra Boliden Apirsa S.L.

Acompañando a la demanda se aporta copia del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de los de Sanlúcar la Mayor (Sevilla), de 22 de diciembre de 2000, a denuncia, entre otros, de la ahora recurrente, resaltando las referencias contenidas en el mismo a los dos informes periciales incorporados a las diligencias previas, así como a un informe técnico encargado por Boliden a la empresa de ingeniería EPTISA, en cuanto concluirían que la rotura del dique se debió a la falta de previsión adecuada del comportamiento del subsuelo tanto en el proyecto de construcción de 1978 como en el de recrecimiento de 1996. También se invocan las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de noviembre de 2004, por el que se confirmó la legalidad del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se sancionaba a Boliden Apirsa S.L. y se le imponía la indemnización de los daños sufridos por el dominio público hidráulico.

También se trae a colación, en cuanto se refiere a determinadas irregularidades administrativas, el Auto dictado el 16 de noviembre de 2001 por la Audiencia Provincial de Sevilla confirmando el de archivo del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sanlúcar la Mayor, relativas a la existencia de *una posible prevaricación administrativa* en relación con el delito tipificado en el artículo 329 del Código Penal, en relación con la aprobación del proyecto de recrecimiento, realizada con «premura», con «*inexistencia de informe técnico previo, ni evaluación de impacto ambiental*», así como el incumplimiento del «*preceptivo trámite de aprobación del recrecimiento por parte de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, [en virtud del] artículo 9.3 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico*»²⁴, aunque la Audiencia finalmente desechaba la existencia de responsabilidad penal por no concurrir un «patente y elevado grado de injusticia en la resolución», puesto que los sucesivos recrecimientos ya estaban previstos en el proyecto original y existían «razones sociales» –probablemente la continuidad de la explotación minera– que justificaban la rapidez de las actuaciones administrativas.

No obstante, la Sala de instancia rechazó que existiese una relación de causalidad entre la omisión de la Administración y el efecto lesivo, aunque también arguyó la existencia

23. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 6 de marzo de 2012, recurso de casación núm. 6324/2009 (RJ 2012, 4765), ponente Enrique Lecumberri Martí.

24. Tras la reforma realizada por el Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, art. 9.4, con el mismo contenido: «La ejecución de cualquier obra o trabajo en la zona de policía de cauces precisará autorización administrativa previa del organismo de cuenta, sin perjuicio de los supuestos especiales regulados en este reglamento. Dicha autorización será independiente de cualquier otra que haya de ser otorgada por los distintos órganos de las administraciones públicas». En el mismo sentido, art. 78, que contiene algunas excepciones.

de mecanismos articulados por la Administración andaluza para reparar los daños, tal como transcribe el Tribunal Supremo en su sentencia (fundamento primero):

«la finca [...] afectada por los vertidos de lodos tóxicos provenientes de las minas de Aznalcóllar y propiedad en aquellos momentos de la actora, le fue expropiada por la Junta de Andalucía, fijándose el correspondiente justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación, justiprecio que fue confirmado en Sentencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Bien es verdad que dicho justiprecio no incluía el valor de la finca antes de los vertidos tóxicos, pero lo cierto es que *la Junta de Andalucía arbitro con carácter previo a la expropiación un procedimiento para la adquisición voluntaria de las propiedades afectadas por el vertido pagándolas con arreglo a los precios de mercado de propiedades equivalentes no contaminadas. Por tanto, la Administración demandada había arbitrado mecanismos para evitar la producción de daños a particulares derivados del vertido, subrogándose en sus derechos –tras la adquisición de sus fincas– frente a la que había sido declarada responsable de los mismos en sede administrativa (BOLIDEN-APIRSA, S.L.) por parte del Consejo de Ministros como ya hemos visto.*

Es por ello difícilmente aceptable también por este motivo una derivación de responsabilidad a la Administración autonómica por cuanto *ésta ofreció la posibilidad –de voluntaria aceptación ciertamente– de obtener una reparación de los daños producidos negligentemente por un tercero* cuya responsabilidad ha sido ya declarada por el TS en su sentencia de 22 de noviembre de 2004.»

El Tribunal Supremo pasa de puntillas sobre la eventual existencia de una omisión por parte de la Junta de Andalucía, aduciendo falta de prueba en tal sentido (fundamento noveno):

«Aquí no ha puesto de manifiesto la existencia de disposición alguna que obligara a la administración autonómica a realizar inspecciones técnicas de la balsa para acreditar su buen estado en cuanto a seguridad.»

Lo que es un argumento ciertamente pasmoso, por cuanto es una cuestión jurídica y además el propio Tribunal Supremo, es cierto que casi al inicio de una sentencia muy extensa y arrastrando la cita de otros pronunciamientos judiciales, cita los preceptos del Reglamento de Dominio Público que establecían ese deber de inspección y la sujeción a autorización administrativa del proyecto original y del recrecimiento, autorización esta última que, como se ha reseñado, fue otorgada en un tiempo record.

En cuanto a la responsabilidad de Boliden Apirsa S.L., se considera prescrita, en tanto que no fue ejercida hasta el día 11 de julio de 2003, fecha de la presentación de su escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, cuando pudo ejercer dicha acción a partir de la fecha del Auto de 16 de noviembre de 2001 de la Audiencia Provincial de Sevilla que ponía término al procedimiento penal. La parte recurrente argüía la vis atractiva de la jurisdicción contencioso-administrativa para evitar las normas sobre prescripción civiles, puesto que la intervención de particulares en el proceso contencioso administrativo, dado el tenor del art. 9.4 LOPJ, en la redacción derivada de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, lo es en calidad de demandado que ha intervenido en la producción del daño. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza ese argumento –bastante forzado– en el fundamento sexto:

«Debe reconocerse eficacia interruptiva a la reclamación administrativa dirigida contra la administración en que se pretende una indemnización a consecuencia de una aducida lesión derivada de la actuación administrativa luego continuada en vía contencioso-administrativa.

Sin embargo no cabe entender que una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa dirigida exclusivamente contra la Junta de Andalucía pueda proyectar consecuencias sobre terceros civiles.

No es aceptable que al particular no le favorezca el plazo prescriptivo cuando se tramita un procedimiento administrativo frente a la Administración sin que el sujeto privado que se considera responsable hubiere tenido conocimiento de la actuación del reclamante.»

Como no existe en la en la Ley 30/1992 una obligación de comunicar a sujetos privados el inicio del procedimiento administrativo similar a la contenida en el art. 49 LJCA respecto al proceso contencioso administrativo, concluye el Tribunal Supremo lo siguiente:

«Ha de entenderse prescrita la acción respecto de un sujeto privado que no es llamado al procedimiento administrativo, porque la acción no se dirige contra el mismo, pero, posteriormente, una vez transcurrido un año de la producción del evento dañoso, se dirige contra el mismo un recurso contencioso administrativo.»

1.5. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD EJERCITADAS POR LA EMPRESA MINERA: LAS LIMITACIONES DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE PROHIBICIÓN DE LA «DOBLE VERDAD» EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Es evidente que, aunque sea la causante inmediata de los daños, también la empresa minera Boliden Apirsa S.L. se ha visto gravemente perjudicada por el accidente y por sus consecuencias, incluidas las expropiaciones realizadas por la Administración, habiendo ejercido las acciones judiciales correspondientes para intentar resarcirse, aunque en general con poco éxito.

En el ámbito contencioso-administrativo, Boliden recurrió el justiprecio fijado por el Jurado Provincial de Expropiación por una finca de 33 Ha, no afectada por los lodos, expropiada para ser integrada en el Corredor Verde del Guadiamar. El método aplicado fue el de comparación con diversas valoraciones administrativas y los precios aceptados en la misma zona en adquisiciones realizadas por la Administración. Aunque Boliden tuvo éxito en primera instancia, aceptando el Tribunal Superior de Justicia como justiprecio adecuado la cantidad consignada en la escritura pública de adquisición de los terrenos por la empresa minera en 1995, perdió lo ganado al estimar el Tribunal Supremo el recurso de casación por Sentencia de 27 de febrero de 2012²⁵. En el recurso contencioso-administrativo, Boliden aducía el rechazo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la utilización como criterio de comparación de los precios adoptados por

25. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 27 de febrero de 2012, recurso de casación núm. 711/2009 (RJ 2012, 4265), ponente José Mª del Riego Valledor.

mutuo acuerdo entre la Administración y los propietarios, método que, por el contrario, ha de referirse a precios y valores obtenidos en compraventas libremente concertadas. Sin embargo, el Tribunal Supremo aduce que las escrituras de compraventa aportadas no proporcionan un término válido de comparación, debido a la depreciación general producida por el desastre ecológico (pese a que la finca en cuestión no se ha visto afectada), lo que le lleva a invocar la presunción de acierto del Jurado de Expropiación y deja un cierto regusto a justicia del caso concreto.

La más relevante de las acciones judiciales, al margen de las puramente defensivas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativos frente a la sanción administrativa y las liquidaciones de daños realizadas por las Administraciones intervinientes, ha sido la demanda de responsabilidad contractual ex art. 1101 y siguientes del Código Civil planteada por Boliden Apirsa S.L. por una cuantía de más de 115 millones de euros ante un Juzgado de Primera Instancia de Madrid, además de contra una compañía aseguradora, contra ACS, Actividades y Servicios S.A. (como absorbente de absorbente de Grupo Dragados S.A., antes Dragados y Construcciones S.A.), contra Intecsa-Inarsa S.A., como parte en un contrato celebrado en 1976 con la empresa minera para encargarse del diseño e ingeniería de detalle de una planta de concentración de mineral de cobre, plomo y zinc en Aznalcóllar y autora en 1978 de un proyecto de balsa de estériles o presa de residuos (la balsa cuyo dique se rompió en 1998), contra Geotecnia y Cimientos S.A. (Geocisa) como empresa contratada por Boliden a partir de 1996 para la realización de diversos trabajos y estudios relacionados con la estabilidad y recrecimiento de la balsa de Aznalcóllar y, es decir, contra las empresas que habían proyectado y contruido el dique en 1978 y contra la que había realizado los estudios y asumido el control de seguridad en 1996. Lo que se solicitaba, en síntesis, era la declaración del derecho de Boliden a ser indemnizada solidariamente por ACS, Intecsa, Geocisa y la compañía aseguradora por los daños y perjuicios derivados de los incumplimientos contractuales que se les imputaban y, específicamente, de los derivados de la rotura de la balsa, indemnización que se fijaba en la cantidad de 115.213.210 euros, como cantidad necesaria para actualizar los importes desembolsados por Boliden desde 1998, más la la cantidad que en su caso hubiera de pagar a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, a la Junta de Andalucía o a terceros a consecuencia de la rotura de la balsa. La demanda fue desestimada en primera y segunda instancia, dando lugar al recurso de casación resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2012²⁶.

La pretensión de Boliden, al menos en casación, parece haberse fundado principalmente en el informe de los peritos que intervinieron en las diligencias penales y cuya opinión parece haber sido determinante para la exoneración de los responsables de la empresa minera. Como se recordará, la causa más probable de acuerdo con estos peritos habría sido la presión intersticial y una adecuada valoración de la resistencia de las arcillas azules del Guadalquivir. Sin embargo, los peritos llamados por los demandados en el proceso civil habrían argumentado de forma convincente la corrección

26. Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, del Tribunal Supremo núm. 963/2011, de 11 enero de 2012, recurso de casación núm. 2120/2009 (RJ 2012, 175), ponente Francisco Marín Castán.

técnica de los cálculos geotécnicos y puesto el énfasis en un inadecuado recrecimiento y utilización de la balsa, así como la excavación de diversos pozos de drenaje para devolver las aguas filtradas a la balsa y el ataque de las aguas ácidas. Desde un punto de vista jurídico, los argumentos utilizados por la sentencia de primera instancia parecen haber sido fundamentalmente dos. Primero:

«un procedimiento penal que finaliza con Sentencia Absolutoria –asimilable el auto de archivo– no vincula ni crea cosa juzgada al juez civil en ningún extremo y una Sentencia condenatoria en vía penal sólo vincula al juez civil en cuanto al hecho objetivo ocurrido sin ninguna otra.»

Segundo:

«[los informes de las diligencias previas eran] solo prueba documental que no ha sido planteada por vía testifical y por tanto no han podido ser sometidos al principio de contradicción e inmediación ante esta juzgadora y las partes aquí demandadas no son coincidentes con los intervinientes en el procedimiento penal y como tal documental debe ser valorada.»

Con esta base, el juez de primera instancia concluía que no había habido incumplimiento contractual ni, por tanto, responsabilidad. Confirmada la sentencia en segunda instancia, el recurso de casación se basaba, fundamentalmente, en la infracción del art. 222.4 LEC (cosa juzgada material) y, sobre todo, del art. 116 LECrim²⁷, con base en el cual se argumenta que la sentencia penal absolutoria resulta vinculante en un ulterior proceso civil no solo en cuanto declare la inexistencia de un hecho sino también cuando declara existente un hecho.

Como consecuencia de este razonamiento, los abogados de Boliden aducían que el auto de archivo de las diligencias previas, al exculpar a los directivos de Boliden por no resultar contra ellos indicios de delito según el informe de los peritos judiciales, habría determinado la responsabilidad civil por incumplimiento contractual frente a la propia empresa minera de las empresas que, según el mismo informe, no habrían tenido en cuenta determinados factores al proyectar la balsa o al estudiar su estabilidad y recrecimiento. Es decir, que aunque el auto de archivo de las diligencias penales no habría declarado con fuerza de cosa juzgada el incumplimiento contractual de proyectistas y constructoras, sí habría producido ese efecto respecto los hechos que, según los abogados de Boliden, serían claros constitutivos de un incumplimiento contractual.

El Tribunal Supremo rechaza este razonamiento. Primero, por entender abusiva la asimilación del auto de archivo de unas diligencias previas a una sentencia penal absolutoria a efectos de vincular al juez de un ulterior proceso civil. Citando sus propias sentencias de 28 de abril de 1999 (recurso de casación núm. 2660/94 [RJ 1999, 4250]) y 29 de mayo de 2001 (recurso de casación núm. 1385/96 [RJ 2001, 3442]),

27. LECrim artículo 116: «La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer. En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido».

afirma que sería una «falta de exactitud jurídica» la atribución de «cualquier efecto de cosa juzgada» a un auto de sobreseimiento provisional dictado en diligencias previas. En consecuencia, esta sentencia supone en cierto modo un límite a la doctrina, francamente expansiva hasta ahora, de la proscripción de la doble verdad, que hasta ahora ha tenido importantes consecuencias como desarrollo del principio de non bis in ídem en el ámbito sancionador, aunque lo haya desbordado en cierta medida. La formulación normativa del principio puede encontrarse en el art. 137.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común («Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien»), completado en el ámbito de la Administración General del Estado por el art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en el que se establece la prioridad de pronunciamiento del juez penal, precepto transcrito o parafraseado en los capítulos sancionadores de las más diversas leyes, casi como una cláusula de estilo. Como es sabido, el origen de esta doctrina está en la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, cuyo ponente fue Luis Díez Picazo, y que estableció una formulación que se ha convertido en canónica (fundamento cuarto):

«El principio *non bis in ídem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, *el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.*

Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art. 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto.»

El Tribunal Constitucional se refería a esto como la «vertiente negativa de la cosa juzgada» y supone que la Administración no puede añadir actividad probatoria a la realizada en las diligencias penales, quedando congelada la verdad jurídica. Por lo demás, su juego no ha quedado reducido a las relaciones entre jurisdicción penal y Administración pública (y, por extensión, jurisdicción contencioso-administrativa), sino que se ha extendido a las resoluciones de otros órdenes jurisdiccionales: en la Sentencia 16/2008, de 31 de enero, el Tribunal Constitucional declaró que, por exigencias de la seguridad jurídica, la preceptiva concordancia entre hechos probados no se limitará a la jurisdicción penal y la posterior resolución administrativa, sino que se extiende a

todos los órdenes jurisdiccionales. En este caso, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado y anuló una sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa confirmatoria del acto administrativo recurrido, por contradecir los hechos reconocidos en una sentencia firme anterior de la jurisdicción social, recaída sobre un recargo en las cuotas de la Seguridad Social debido a un accidente de trabajo, en la que se había considerado que no se había producido ningún incumplimiento significativo de las normas sobre seguridad en el trabajo.

Es claro que en el ámbito de la relación entre infracción penal y responsabilidad civil el problema de la «doble verdad» tiene sus peculiaridades, que también han tenido que abordar tanto los tribunales ordinarios como el Tribunal Constitucional, a cuya doctrina se dedica una considerable atención en la sentencia de 11 de enero de 2012. Resultaría especialmente relevante a los efectos del caso enjuiciado la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/2002, de 28 de enero, de la que fue ponente Manuel Jiménez de Parga (fundamento cuarto):

«cuando la Sentencia penal, por haber sido absolutoria, no haya entrado a examinar ni se haya pronunciado sobre las acciones civiles derivadas del hecho enjuiciado en el ámbito criminal, nunca podrá producir efectos de cosa juzgada en el posterior proceso civil, por la sencilla razón de que las acciones civiles quedaron imprejuzgadas. La citada regla sólo sufre una excepción en virtud de lo dispuesto en el art. 116 LECrim, según el cual si la Sentencia penal resultó absolutoria precisamente por declarar que no existió el hecho que fue objeto de enjuiciamiento en el ámbito criminal, este pronunciamiento vinculará positivamente al juez civil que no podrá ya fundar ninguna responsabilidad civil en la existencia del hecho que fue declarado inexistente por la jurisdicción penal.»

La conclusión que se extrae de ello, mediante un razonamiento *a contrario*, parece radicalmente distinta de la que se aplica en el ámbito sancionador, puesto que (fundamento quinto):

«esta declaración de no-autoría no está cubierta por el efecto positivo de la cosa juzgada que establece el art. 116 LECrim, y no impedía que los Tribunales civiles pudieran valorar las pruebas y apreciar los hechos nuevamente en el plano de la responsabilidad civil, en el que, junto al criterio estricto de la autoría material, pueden utilizarse otros elementos y criterios de imputación (teoría del riesgo, propiedad de las cosas, culpa in vigilando o in eligendo, etc.)»

Como consecuencia, el juzgado de primera instancia que estimó de oficio la excepción de cosa juzgada y habría rechazado la demanda de responsabilidad civil extracontractual sin entrar en el fondo del asunto basándose en la existencia de una previa sentencia penal de absolución de una falta de daños habría incurrido en una denegación de justicia. No obstante, haya que precisar que pese a las referencias a «valorar las pruebas» y «apreciar los hechos nuevamente», el Tribunal Constitucional parece estar refiriendo más bien a una cuestión de calificación jurídica de los mismos que a una modificación en los hechos probados.

En realidad, la Sala primera del Tribunal Supremo parece ser en cierta medida más exigente con la doctrina de la proscripción de la doble verdad que el Tribunal

Constitucional. Como se señala en la sentencia de 30 de marzo de 2005²⁸ (fundamento segundo), también citada en la Sentencia de 11 de enero de 2012:

«La doctrina jurisprudencial viene declarando que la sentencia penal absolutoria no produce el efecto de cosa juzgada en el proceso civil, *salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer* (Sentencias, entre otras, 4 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 7910], 23 de marzo [RJ 1998, 1492] y 24 de octubre de 1998 [RJ 1998, 8235]; 16 de octubre de 2000; 15 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 5469]); *o cuando se declare probado que una persona no fue autor del hecho* (SS. 28 noviembre 1992 y 12 abril y 16 octubre 2000 [RJ 2000, 8045]), *porque repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones jurídicas en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue* (STC 62 de 21 de mayo; STS 12 abril 2000). Asimismo tiene dicho que no prejuzga la valoración de los hechos que puede hacerse en el proceso civil (SS. 26 mayo y 1 diciembre 1994, 16 noviembre 1995, 14 abril 1998 y 29 mayo 2001), y que no impide apreciar imprudencia civil (SS. 18 octubre de 1999 y 16 octubre de 2000 –no empece a que se pueda entablar la acción civil por culpa extracontractual–), *pues no significa más que la conducta no es sancionable de acuerdo con la ley penal, no que la misma no pueda ser estimada como fuente de responsabilidad por la ley civil, en su caso* (S. 31 enero 2000 [RJ 2000, 458]).»

No obstante, el Tribunal Supremo va más allá al afirmar que *«que el juez civil gozará de libertad para valorar todas las pruebas que se practiquen en el proceso subsiguiente a la sentencia penal absolutoria, incluido el testimonio de las correspondientes actuaciones penales»*, lo que se declara jurisprudencia constante con apoyo en las sentencias de la propia Sala primera de 22 de diciembre de 1999 (recurso de casación núm. 2121/97 (RJ 1999, 9487) y de 12 de abril de 2002 (recurso de casación núm. 3207/96 (RJ 2002, 3383).

No obstante, más importante que la doctrina sobre los efectos más o menos extensos sería evitar la indefensión, como se señala en el propio inicio de la argumentación (fundamento séptimo):

«La segunda razón fundamental es que, *al no haber mayor indefensión que la de privar a una persona natural o jurídica de toda oportunidad de defenderse oponiéndose a los hechos que se le imputen y proponiendo prueba al respecto, ninguna sentencia penal firme, ni absolutoria ni condenatoria, podrá determinar por sí sola la condena civil de quien no haya sido parte en el proceso penal, salvo en el caso de que la condena civil sea una consecuencia necesaria de los hechos declarados probados y de la probada participación en ellos del acusado, como puede suceder respecto de su asegurador ...»*

El Tribunal Supremo vuelve a esta «razón fundamental» más adelante, por ejemplo al afirmar que *«[i]ncluso tratándose de sentencias penales condenatorias firmes, su efecto vinculante no puede ser tan enérgico como para quebrantar la proscripción de indefensión establecida en el art. 24 de la Constitución. Por eso la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 2003 (rec. 4145/97) declara que el principio de identidad entre los litigantes, propio de la cosa juzgada, impide extender el efecto vinculante de la sentencia penal condenatoria a quienes no hubieran sido partes en el proceso penal»*. En efecto, los informes de los peritos que actuaron en las

28. Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, del Tribunal Supremo núm. 212/2005 de 30 marzo (RJ 2005, 2618), ponente Jesús Corbal Fernández.

diligencias penales no fue sometido en ningún momento a contradicción de las partes enfrentadas en el proceso civil, puesto que se incorporó como prueba documental a los autos civiles, no citándose a sus autores como testigos. La realización de la prueba pericial en el proceso civil habría permitido a las partes opuestas a la que la propone, entre otras cosas, la posibilidad de ampliarla a otros extremos que puedan considerarse de su interés, concurrir al acto del reconocimiento pericial y hacer en el mismo a los peritos las observaciones que se estimasen oportunas o solicitar en el acto de la declaración o ratificación, a través del juez, explicaciones para el esclarecimiento de los hechos.

Por otra parte, señala la Sala primera del Tribunal Supremo, si bien las diligencias penales fueron sobreesididas, no sucedió lo mismo con el procedimiento administrativo sancionador, que culminó en una resolución sancionadora, más indemnización por daños al medio ambiente, confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004.

2. OTRAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CON RELEVANCIA PARA EL DERECHO AMBIENTAL

2.1. ASPECTOS PROCEDIMENTALES: PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, INFORMACIÓN AMBIENTAL, CONSULTA PRECEPTIVA A LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE PROYECTOS QUE AFECTEN A UNA ZEPY Y CARÁCTER REGLADO DE LA AUTORIZACIÓN AMBIENTAL INTEGRADA

A) Posibilidad de impugnación autónoma de la declaración de no sujeción a Evaluación de Impacto Ambiental y posibilidad de impugnación de la DIA con ocasión del recurso contra la Evaluación Ambiental Integrada

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 8 de abril de 2011 (recurso de casación núm. 1139/2007 [RJ 2011, 3498], ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), el Tribunal Supremo reafirma su doctrina de que, mientras que las declaraciones de impacto ambiental son actos de trámite que se integran en un procedimiento y no son susceptibles de impugnación autónoma, sino únicamente a través del recurso contra la decisión final²⁹, el acto por el que un órgano medioambiental decide que la evaluación ambiental de determinados proyectos no es necesaria y procede a archivar la solicitud sin emitirla es un acto de trámite cualificado,

29. A partir de la Sentencia de 17 de noviembre de 1998 (recurso de casación núm. 7742/1997 [RJ 1998, 10522], ponente Segundo Menéndez Pérez, caso Embalse de Itoiz) doctrina seguida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002 (recurso de casación núm. 309/2000 [RJ 2002, 10019], ponente Óscar González González), de 25 de noviembre de 2002 (recurso de casación núm. 389/2000 [RJ 2002, 10506], ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva), de 11 de diciembre de 2002 (recurso de casación núm. 3320/2001 [RJ 2003, 185], ponente Óscar González González), de 13 de octubre de 2003 (recurso de casación núm. 4269/1998 [RJ 2003, 8871], ponente Segundo Menéndez Pérez), de 24 de noviembre de 2003 (recurso de casación núm. 5886/1999 [RJ 2003, 8618], ponente Segundo Menéndez Pérez) y de 14 de noviembre de 2008 (recurso de casación núm. 7748/2004 [RJ 2008, 6900], ponente Pilar Teso Gamella).

que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento que entra en las excepciones del artículo 25 LJCA, por lo que no puede determinar la inadmisibilidad del recurso a efectos del artículo 69.c) LJCA. En este mismo sentido se había pronunciado anteriormente en las sentencias de 29 de noviembre de 2006 (recurso de casación núm. 933/2003 (RJ 2007, 8317), ponente Rafael Fernández Valverde), de 13 de marzo de 2007 (recurso de casación núm. 1717/2005 (RJ 2007, 1846), ponente Rafael Fernández Valverde) y 23 de enero de 2008 (recurso de casación núm. 7567/2005 (RJ 2008, 1588), ponente Jesús Ernesto Peces Morate).

En cuanto a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 13 de diciembre de 2011, recurso de Casación núm. 545/2011 (JUR 2012, 477), ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en ella se resuelve el recurso planteado por la Asociación Castellano Manchega para la Defensa del Patrimonio Natural (Acmaden-Ecologistas en Acción de Toledo) contra la resolución de la Dirección General de Evaluación Ambiental de la Junta de Castilla-La Mancha, por la que se otorgaba la autorización ambiental integrada para la explotación de un vertedero de residuos no peligrosos y clausura del actual depósito controlado de Toledo, así como contra la resolución de la Dirección General de Calidad Ambiental sobre declaración de impacto ambiental del proyecto. Mediante Auto, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha inadmitió el recurso contra la DIA, resolución que una vez rechazado el recurso de súplica, es recurrida en casación, recurso que sí va a ser estimado por el Tribunal Supremo que, tras recordar su doctrina sobre el carácter de acto de trámite de la EIA (fundamento segundo), entra en el núcleo de la cuestión debatida (fundamento tercero):

«Se plantea a esta Sala, por primera vez, la susceptibilidad de impugnación de una declaración de impacto ambiental en el momento en el que se recurre también la autorización ambiental integrada, dictada en aplicación de la citada Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

Sobre la naturaleza y caracteres de estas autorizaciones ambientales integradas, como técnicas de control e intervención administrativa adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la Directiva de la Unión Europea 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y control integrado de la contaminación y en particular de su enfoque integrado para la concesión de permisos tratando de lograr una especie de «ventanilla única» en la que se unifica la pluralidad de intervenciones administrativas ambientales se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 2 de diciembre de 2011 (Casación 217/1008), a cuya doctrina remitimos.

Con independencia de cuál sea, en su caso, el acto final –cuestión carente de relieve para la resolución de las alegaciones previas a que se contrae este recurso– resulta decisivo el artículo 24 de la citada Ley 16/2002 que *establece, en forma inequívoca, la posibilidad de impugnar las autorizaciones ambientales integradas en este orden de jurisdicción contencioso-administrativo*. En esas circunstancias *carece de sentido alguno mantener el carácter de acto de trámite simple de la declaración de impacto ambiental y excluirla de control jurisdiccional con ocasión de la impugnación de la autorización ambiental integrada*. El carácter unificado y global de dichas autorizaciones integradas desde el punto de vista ambiental *hace obvia la pertinencia de controlar en los recursos dirigidos contra ellas también la declaración de impacto ambiental que las preceda*. Cualquier duda interpreta-

tiva, de existir, se debe resolver en el sentido amplio al acceso a la impugnación que deriva del Derecho europeo y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así se desprende del artículo 15 bis de la Directiva 96/61/CE, añadido por el artículo 4.4 de la citada Directiva 2003/35, de 26 de mayo de 2003 (Cfr., Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, en el asunto C 427/2007 Comisión c. Irlanda § 15 y 82).»

B) Supuestos en que la Evaluación de Impacto Ambiental no tiene carácter preceptivo

Hay dos sentencias relativas a trasvases hídricos, en ambos caso considerando no preceptiva la EIA. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 14 de abril de 2011 (recurso contencioso-administrativo núm. 629/2008 [RJ 2011, 3233], ponente Jorge Rodríguez-Zapata y Pérez), el Tribunal Supremo considera que no era necesaria en este caso la evaluación de impacto ambiental, al entender que el trasvase de aguas que aprueba el Consejo de Ministros no es un proyecto para el trasvase de recursos hídricos (en cuyo caso sí sería exigible la evaluación de impacto ambiental), sino un desembalse de aguas realizado a través de unas infraestructuras ya consolidadas con anterioridad, como es el acueducto Tajo-Segura. Por el mismo motivo, no considera pertinente plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea por no suscitarse ninguna duda interpretativa sobre el Derecho comunitario.

Complementa la anterior la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 11 de febrero de 2011 (recurso contencioso-administrativo núm. 161/2009 [RJ 2011, 1380], ponente Pilar Teso Gamella), en la que se aclara, a propósito de la impugnación del el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 16 de enero de 2009, que acordó el trasvase de 44,5 hectómetros cúbicos con destino al acueducto Tajo-Segura, que la normativa de la Comunidad Autónoma de acuerdo con la cual los trasvases hídricos que superen un determinado umbral han de ser sometidos a evaluación de impacto ambiental, no es aplicable a los trasvases extracomunitarios, como era el caso.

Tampoco en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 18 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 5960/2007 [JUR 2011, 415293], ponente Mª del Pilar Teso Gamella), se considera preceptivo el EIA para la aprobación de un plan urbanístico. En efecto, el Tribunal Supremo considera que la Revisión del PGOU de Getafe no tenía que ser sometido a impacto ambiental. Tras determinar en fundamento tercero que la norma que *ratione temporis* resultaba de aplicación era el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, en la redacción resultante de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del citado RDLegislativo, se argumenta la aplicación de esta regulación a un plan urbanístico (fundamento sexto):

«Somos conscientes que el grupo 9 mentado se refiere a «proyectos», pero esta Sala ha declarado en Sentencias de 30 de octubre de 2003 (recurso de casación núm.

7460/2000) y de 3 de marzo de 2004 (recurso de casación núm. 1123/2001) su aplicación al planeamiento, señalado en la primera de ellas que “Es la aprobación del Plan la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental; no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior (*v. g.* aprobación del Programas de Actuación, o del Plan Parcial, o del Proyecto de Urbanización), cuando restan sólo actuaciones de ejecución del Plan General, con el riesgo de que o bien por razones medio ambientales apreciadas posteriormente el Plan no pueda ser ejecutado o bien se deválíen o minimicen las razones medio ambientales para no dejar inoperante al Plan. La primera actuación administrativa que cambia el uso del suelo es el Plan General y él es quien modifica drásticamente su régimen jurídico. En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del Plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora (en la aprobación inicial) y los ciudadanos en general (en la información pública) podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente”.»

Yendo al tenor del Real Decreto Legislativo de 1986 tras la reforma operada por Ley 6/2001, concretamente a la letra a) el grupo 9 del anexo I, para que la transformación del suelo prevista en el plan hubiera debido sujetarse a evaluación ambiental habría sido precisa la concurrencia de dos circunstancias de forma acumulativa: que implicase la eliminación de la cubierta vegetal arbustiva y que afectase a más de 100 hectáreas. En consecuencia, no basta para exigir la EIA, como sucedía en el caso, que se rebase el límite de extensión de 100 hectáreas, conclusión que coincidiría con la que se puede extraer de la Directiva 97/11/CE traspuesta al Derecho interno por la Ley 6/2001 (fundamento quinto).

C) Efectos de los estudios ambientales: limitación de la discrecionalidad administrativa por las conclusiones de un estudio ambiental

El efecto no ya de una declaración de impacto ambiental, sino de un estudio sobre las repercusiones ambientales hecho por una Administración pública diferente para aprobar el proyecto es lo estudiado en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3) de 27 de octubre de 2010 (recurso de casación núm. 545/2007 [RJ 2010, 7698], ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona), respecto a la aprobación de un trazado de línea eléctrica por el Consejo de Ministros, ante la existencia de un estudio del Departamento de Medio Ambiente del Gobierno Vasco, aportado a los autos como prueba documental, en el que se señala que el trazado proyectado es más perjudicial para los intereses medioambientales que la otra alternativa propuesta, que no suponía una alteración sustancial del proyecto aprobado (en el fundamento sexto el Tribunal Supremo habla de «variación no sustancial, impuesta o aconsejada por intereses públicos»), debe atemperarse la facultad discrecional de la Administración pública para elegir trazados, toda vez que tal elección se basaba en el error de considerar que el trazado aprobado no afectaba al biotipo y que las afecciones medioambientales eran menores. No obstante, el Tribunal Supremo no se considera habilitado para sustituir la decisión administrativa (fundamento séptimo):

«En efecto, la Sala no puede sustituir ni al promotor de la línea ni al Consejo de Ministros en sus respectivas funciones de redactar un nuevo proyecto de ejecución (que, obviamente, no podrá repetir el trazado en la parte que ahora consideramos disconforme a Derecho) y aprobarlo. De las alternativas posibles, reflejadas en el estudio al que una y otra vez hemos hecho referencia, se ha de excluir la correspondiente al trazado que ahora se anula, lo cual no implica que necesariamente haya de optarse, en concreto, por la tercera de las incluidas en aquel estudio.»

D) Nulidad por omisión de la consulta preceptiva a la Comisión europea de un proyecto que afecta a una ZEPA

En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 14 de febrero de 2011 (recurso de casación núm. 1511/2008 [RJ 2011, 1390], ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat), lo impugnado era la aprobación del proyecto de «Duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey», resolución anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Si bien el Tribunal Supremo considera que en este caso la evaluación de impacto ambiental había sido correctamente realizada, confirma la anulación de la resolución impugnada por la omisión de un trámite sustancial, como es la consulta previa a la Comisión Europea sobre la idoneidad del proyecto desde la perspectiva ambiental, que era preceptivo en la medida en que se afectaba a un lugar clasificado de Zona de Especial Protección de las Aves, en función de constituir del hábitat de especies como el águila imperial (fundamento tercero):

«En efecto, compartimos el criterio de la Sala de instancia de que en el artículo 6.4 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, cabe distinguir dos supuestos diferenciados respecto del cumplimiento del deber de información a la Comisión Europea, a los efectos de que sea autorizado un proyecto que incida negativamente sobre zonas especiales de conservación. El primer supuesto contemplado en la norma comunitaria europea se refiere a que deban adoptarse medidas compensatorias apropiadas para garantizar la coherencia global medioambiental, en cuyo caso, se deben comunicar a las autoridades comunitarias. El segundo supuesto es el relativo a cuando se trate de lugares cualificados por albergar un tipo de hábitat natural prioritario y/o una especie prioritaria, en que es necesaria la previa consulta a la Comisión Europea si se aducen «otras razones imperiosas de interés público de primer orden», que no versen sobre circunstancias relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente.

Y de ello, se desprende la conclusión jurídica de que en el supuesto enjuiciado, en razón de las características medioambientales específicas del lugar donde se proyecta la actuación pública, que alberga tipos de hábitats naturales prioritarios y especies prioritarias, no era posible que el Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobase el proyecto de «Duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey», sin su sometimiento a la previa consulta de la Comisión Europea, en cumplimiento del referido artículo 6.4 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.»

No se trata del primer caso en el que el Tribunal Supremo estima la existencia de una nulidad por omitir la consulta a la Comisión. El precedente estaría en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 29 de noviembre de 2006 Recurso de Casación núm. 933/2003 (RJ 2007, 8317), ponente Rafael Fernández Valverde, relativa a un proyecto de cantera para la extracción de granito que afectaba a la Zona de Especial Protección para las Aves «Encinares del río Alberche y río Cofio», en la que existen gran variedad de aves amenazadas como la cigüeña negra o el águila imperial, con declaración de impacto ambiental desfavorable, aunque con pronunciamiento favorable del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, que estimó el recurso de casación y anuló el acto recurrido.

E) Información ambiental, legitimación en materia ambiental y carácter no preceptivo de la EIA para el otorgamiento de un permiso de exploración minero

En materia de acceso a la información ambiental no tenemos ninguna novedad, pero sí una reafirmación de la línea jurisprudencial más favorable al acceso, para lo que se hace una interpretación restrictiva del concepto jurídico «documentos inconclusos», que supone una excepción al libre acceso. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª) de 29 de septiembre de 2011, Recurso de Casación núm. 2071/2008 [JUR 2011, 354383], ponente Eduardo Calvo Rojas.

Esta Sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado, confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 11 de marzo de 2008, por la que se estimaron dos recursos contencioso-administrativos acumulados contra las respectivas resoluciones denegatorias de acceso a la información ambiental de la Confederación Hidrográfica del Ebro en relación con el Programa de Puesta en Carga de la Presa de Itoiz.

La primera de las solicitudes, formulada por un particular, se refería a los Informes de auscultación de las dos presas Itoiz que se hubiesen realizado, así como los Informes de auscultación de las laderas vertientes al vaso del embalse de Itoiz. La segunda de las solicitudes denegadas fue formulada por el Ayuntamiento del Valle de Lóndiga (Navarra) y se refería a los informes que se hubiesen emitido «por y/o para la Administración sobre el llenado del Embalse de Itoiz y su incidencia en los terremotos citados» y a «cuantos informes se hayan emitido por y/o para esa Administración sobre los terremotos citados y su incidencia en las Presas de Itoiz y en las laderas vertientes al vaso del embalse», además de a las «previsiones de esa Administración para los próximos meses en relación al llenado del Embalse». En ambos casos el argumento para la denegación fue que los documentos o no existían o se hallaban inconclusos por estar incorporados a expedientes en curso cuyos datos podían variar. Tras argumentar el contenido ambiental de los informes solicitados (fundamento segundo), conforme a una línea jurisprudencial que puede considerarse firmemente establecida, el Tribunal Supremo rechaza esa argumentación (fundamento segundo):

«no se puede confundir –como pretende la Administración recurrente– un “informe inconcluso” –es decir en fase de borrador, pendiente todavía por ejemplo de firma por su autor, o de su preceptiva conformidad por el jefe de la unidad técnica correspondiente– con un “expediente inconcluso” en el que figuran sucesivos informes –todos ellos “conclusos”– a los que se podrán ir añadiendo nuevos datos o resultados de distinto signo conforme avancen las distintas fases del procedimiento administrativo. En este segundo supuesto de “expediente inconcluso” o inacabado, porque todavía carece de resolución final de archivo, los documentos a él incorporados –como son, en el caso que examinamos, los informes de auscultación del embalse ya emitidos, solicitados por el Sr. Norberto ; o el “Programa de Puesta en Carga” expedido en la fase de llenado de la presa requerido por el Ayuntamiento de Longuida– son documentos evidentemente conclusos, aunque el procedimiento administrativo todavía no haya finalizado y no se excluya la posibilidad de que se emitan luego otros informes conforme a los nuevos datos que, en su caso, vayan apareciendo durante la ejecución del proyecto.

A esa misma conclusión llegó esta Sala del Tribunal Supremo en otros casos similares como son los examinados en las sentencias de 3 de octubre de 2006 (casación 2424/2003), 4 de abril de 2006 (casación 311/2003), 17 de febrero de 2004 (casación 3457/2000) y 28 de octubre de 2003 (casación 3928/1999)³⁰. En ellas se realiza una exégesis del artículo 3.3 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, tomando como punto de partida la interpretación extensiva otorgada por la jurisprudencia comunitaria a la materia de “medio ambiente” y el criterio de transparencia con el que debe ser tratada, así como el espíritu y finalidad de la Directiva 90/313/CEE de 7 de junio de 1990, de la que trajo causa dicha Ley 38/1995 y la posterior Directiva 2003/4/CE de 28 de enero de 2003 que la sustituyó tras el Convenio de Aarhus de 25 de junio de 1998 y la posterior Ley 27/2006, de 18 de julio, actualmente vigente, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.»

De alguna manera puede considerarse un contrapunto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 17 de mayo de 2011, recurso contencioso-administrativo núm. 104/2010 (RJ 2011, 4429), ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. Lo que se sustancia es la impugnación por la Agrupación de Vecinos y Amigos de Llanes-Avalla del Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, por el que se dispone la declaración de zona de reserva provisional a favor del Estado para la exploración de recursos de la sección B), estructuras subterráneas susceptibles de ser un efectivo almacenamiento de dióxido de carbono, en el área denominada «Asturias Centro», comprendida en la provincia de Asturias y parte de la plataforma continental costera.

Frente a la solicitud de inadmisión por falta de legitimación planteada por el Abogado del Estado, el Tribunal señala que entre los fines estatutarios de la asociación recurrente estaría el ejercer acciones para la protección, conservación y defensa de la naturaleza del Concejo de Llanes, lo que lleva al Tribunal a invocar el Convenio de Aarhus (fundamento segundo):

30. Respectivamente (RJ 2006, 10071), (RJ 2006, 4467), (RJ 2004, 2226) y (RJ 2003, 7865).

«Cabe destacar que España ha ratificado el Convenio de la CEPE de la Organización de Naciones Unidas, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998 (Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado de 16 de febrero de 2005 y que entró en vigor el 29 de marzo de 2005), que, en su artículo 9 establece disposiciones en relación con la posibilidad de entablar procedimientos judiciales o de otro tipo para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo, o en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, acción u omisión que entren dentro del ámbito de las disposiciones relativas a la participación del público en las decisiones sobre actividades que puedan tener un efecto significativo sobre el medio ambiente, y que promueve el reconocimiento de la legitimación de aquellas Asociaciones y Organizaciones no gubernamentales que desarrollan su actividad en defensa de la protección del medio ambiente, y por ello, vincula al órgano judicial que resuelva recursos contencioso-administrativos en materia de medio ambiente, en razón de la naturaleza y el carácter específico de los intereses medioambientales, a que realice una interpretación no restrictiva del artículo 19.1 b) de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, basada en los principios que informan el mencionado Tratado internacional medioambiental, que asegure la tutela judicial efectiva de los intereses medioambientales postulados.»

En el mismo sentido se invoca la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, lo que lleva a rechazar la existencia de una causa de inadmisión.

Sin embargo, se rechaza que la resolución impugnada tenga naturaleza de disposición general en materia ambiental y, en consecuencia, hubiese debido someterse a trámites de información pública, dado su carácter puramente ejecutivo, además de su efectividad, que se limita a establecer una prioridad a favor del Estado, sin permitir por sí misma la explotación del recurso, por lo que no resultaba preceptiva la EIA (fundamento tercero):

«El primer motivo de impugnación deducido contra el Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, en el extremo fundamentado en la infracción de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), no puede ser acogido, porque consideramos que en el supuesto analizado *no se han menoscabado ni defraudado los derechos de participación e información real y efectiva del público en los asuntos de carácter medioambiental*, debido a que, como pone de relieve el Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, no podemos eludir la naturaleza, el objeto y el contenido del acto impugnado, que se dicta en aplicación del artículo 7 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, disponiendo la declaración de zona de reserva provisional a favor del Estado para exploración de recursos de la Sección b), estructuras subterráneas susceptibles de ser un efectivo almacenamiento de dióxido de carbono en el área denominada «Asturias Centro», comprendida en el territorio del Principado de Asturias y parte de su plataforma continental, por lo que observamos que *no presupone el desarrollo de actividades que tengan incidencia directa en el medio ambiente, en cuanto que no supone la autorización de exploración la alteración o modificación de la realidad física afectada, al producir efectos jurídicos limitados, concernientes a que el Estado adquiera derechos de prioridad*, lo que impide que los particulares puedan

adquirir derechos relativos a la exploración de los recursos a los que la reserva se refiere.

Por ello, *no estimamos* que el Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, *pueda calificarse de plan, programa o disposición de carácter general relacionados con el medio ambiente*, a los que alude el artículo 16 de la Ley 27/2006 de 18 de julio, para anudar de forma extensiva el derecho de participación del público en asuntos de carácter medioambiental.

En este sentido, rechazamos que en el procedimiento de aprobación de la resolución del Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009 impugnada, se haya infringido la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), por no respetar los derechos de participación, al no abrir un trámite de información pública para que pueda la Sociedad asturiana manifestar sus opiniones sobre el proyecto de la decisión adoptada, en cuanto que entendemos que resulta inaplicable el invocado artículo 18 de esta Ley, *al no poder caracterizar el acto recurrido de disposición de carácter general, como sostiene reiteradamente la Agrupación recurrente, al ejercerse por el Consejo de Ministros facultades de ejecución en materia de reserva de recursos mineros*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, por lo que no resulta exigible un pronunciamiento previo o preliminar del público sobre efectos, en relación con la protección de las aguas, la contaminación atmosférica, la conservación de la naturaleza o sobre el impacto al medio ambiente, que no se derivan inmediatamente del acto impugnado.

Tampoco cabe acoger la pretensión anulatoria del Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, fundada, en desarrollo de la alegación anterior, en la infracción de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que se sustenta en que no se ha observado el procedimiento legal establecido en materia de participación ciudadana, por no abrirse un trámite o audiencia con carácter sustancial, y en que no se ha sometido el proyecto del Real Decreto a informe del Ministro de Medio Ambiente para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de efectos significativos para el medio ambiente, pues debemos insistir en el alcance limitado de la resolución gubernamental impugnada, que fue precedida de la publicación en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 28 de noviembre de 2007, por la que se pone en conocimiento la inscripción de la propuesta de declaración de una zona de reserva provisional a favor del Estado para recursos de la Sección B), estructuras subterráneas susceptibles de ser un efectivo almacenamiento de dióxido de carbono en la zona que se denomina «Asturias Centro», en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, y en el artículo 11.1 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, lo que ha permitido a los interesados comparecer en el expediente administrativo y formular las alegaciones u observaciones que han tenido por convenientes.»

F) Carácter reglado de la Autorización Ambiental Integrada

Éste es el objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 2 de diciembre de 2011, recurso de casación núm. 217/2008 (RJ 2012, 583), ponente Pilar Teso Gamella

El caso resuelto por esta sentencia es el de la autorización ambiental integrada otorgada a una central eléctrica de ciclo combinado en Villaseca de la Sagra (Toledo) por la Junta de Castilla-La Mancha, recurrida por establecer valores de emisión más restrictivos que los que aparecían reseñados en la DIA que en este caso había sido formulada por la Administración General del Estado en virtud de la competencia para otorgar la autorización sustantiva. El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Iberdrola Generación S.A. y el Tribunal Supremo confirma la sentencia en casación.

Una de las cuestiones que se plantean es la articulación entre la evaluación de impacto ambiental, cuando corresponde su elaboración a la Administración del Estado, y la autorización ambiental integrada. En la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, se establece un mecanismo de coordinación (art. 28): *no podrá otorgarse la autorización ambiental sin que previamente se haya dictado la declaración de impacto ambiental*. Por consiguiente, el «órgano ambiental estatal», una vez haya «formulado la declaración de impacto ambiental o tras la resolución por el Consejo de Ministros de discrepancias con el órgano competente para conceder la autorización sustantiva», remitirá una copia de la misma al órgano competente de la Comunidad Autónoma (y al órgano sustantivo) «que deberán incorporar su condicionado al contenido de la autorización ambiental integrada, así como al de las autorizaciones sustantivas que sean exigibles». Este efecto vinculante se ha justificado doctrinalmente por la necesidad de *evitar que el establecimiento de valores límite más restrictivos por la autorización ambiental integrada que los considerados adecuados por la declaración de impacto ambiental pueda hacer inviable un determinado proyecto*³¹. En todo caso, el Tribunal Supremo llega a la misma solución mediante una argumentación diferente. De hecho, la solución se prefigura ya en el fundamento cuarto, cuando se señala que la AAI tiene «un carácter reglado y no discrecional, pues si concurren los requisitos y presupuestos legal y reglamentariamente establecidos la autorización será concedida». No obstante, es en el fundamento sexto cuando se desarrolla plenamente el argumento:

«Ciertamente la autorización ambiental integrada efectivamente podría, en hipótesis, fijar un umbral de protección superior al aplicar unas normas adicionales de protección, de procedencia autonómica, cuyo establecimiento faculta el artículo 149.1.23 de la CE, aumentando el límite previsto en el artículo 148.1.9 de la CE para la gestión en materia de medio ambiente.

Es más, al Estado corresponde la competencia, ex artículo 149.1.23 de la CE para la “legislación básica sobre protección del medio ambiente”, reconociendo que a las Comunidades Autónomas corresponden las “fórmulas adicionales de protección” además de la “gestión en materia de protección del medio ambiente” (artículo 148.1.9 de la CE). El Tribunal Constitucional ha diseccionado el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre el medio ambiente de la siguiente forma. Tras interpretaciones iniciales que estaban más a la literalidad del artículo 149.1.23^a sobre las “normas adicionales de protección” que podían establecer las Comunidades Autónomas –es el caso de la STC 149/1991, de 4 de ju-

31. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo*, Madrid, Editorial La Ley, 2010, 11ª edición, pg. 540.

lio-, luego se ha apostado por seguir, en esta materia, el estándar propio de legislación básica del Estado y normas de desarrollo de las Comunidades Autónomas, incluyendo normas con rango de ley de procedencia autonómica. Así, se viene declarando desde la SSTC 102/1995, de 26 de junio y otras posteriores 156/1995 y 166/2002. Incluyendo de modo decidido, por tanto, entre las normas adicionales de protección, el desarrollo legislativo.

Esta referencia de tipo competencial viene a cuento porque no podemos entender vulnerados ni los artículos 148.1.9 y 149.1.23 de la CE, ni el artículo 32.7 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, cuya lesión se aduce en casación, toda vez que en este caso no se trata de determinar si una norma de la Comunidad Autónoma ha respetado el citado marco constitucional, excediéndose de los contornos constitucionales someramente expuestos. No. *Se trata simplemente de determinar si mediante una autorización ambiental pueden crearse fórmulas adicionales, y más intensas, de protección ambiental, al margen o sin la previa aprobación de un marco normativo que preste la necesaria cobertura a dicha autorización ambiental integrada.*

Como antes señalamos, y ahora insistimos, la autorización ambiental como toda autorización es un modo de control o de intervención administrativa sobre la actividad de los particulares, en este caso, sobre la instalación de una central de ciclo combinado, que debe examinar, bajo el prisma que en todo caso proporciona el interés público, si concurren o no las exigencias ambientales que permiten que se desarrolle una determinada actividad.

Téngase en cuenta que sea cual sea el grado de determinación o precisión del artículo 7.1 de la Ley 16/2002, para fijar los valores límites de emisión, lo cierto es que en la autorización integrada debe ser aplicación de las normas que regulan ese ámbito sectorial en concreto. *Sin que puedan introducirse en una autorización unos límites ambientales no previstos por el ordenamiento jurídico, ni estatal ni autonómico, y que, por tanto, quedan al albur de la expedición de cada autorización ambiental integrada.* Esta solución que se defiende en casación pulveriza la seguridad jurídica y supone una quiebra de las más elementales exigencias para la realización de cualquier actividad que tenga algún efecto contaminante.

En definitiva, el desenfoque que advertimos, en este punto, en el escrito de interposición radica en que lo que permite el artículo 149.1.23 de la CE, como antes señalamos, a las Comunidades Autónomas es *dictar “normas adicionales de protección”, a las establecidas por el Estado, pero no faculta para sustituir el ejercicio de esta potestad normativa, por una suerte de condiciones adicionales de protección fijadas a impulso de cada acto administrativo de autorización.*»

2.2. INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL: NULIDAD PARCIAL DE UN PLAN REGIONAL DE ÁMBITO SECTORIAL DE RESIDUOS INDUSTRIALES

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª) de 18 de octubre de 2011 (recurso de casación núm. 4908/2007 [RJ 2012, 1213], ponente Jorge Rodríguez-Zapata y Pérez), desestima el recurso de casación presentado por la Junta de Castilla y León contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que estimó en parte el recurso de la Federación de Ecologistas en Acción de Castilla y León

y anuló parcialmente el Plan Regional de Ámbito Sectorial de Residuos Industriales, aprobado por Decreto 48/2006, de 13 de julio.

El apartado 9.2.1 del Plan se declaró nulo por no establecer la ubicación de los centros de tratamiento de residuos contraviniendo el art. 5.4 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, de acuerdo con el cual el contenido mínimo de los planes autonómicos de residuos comprendía las instalaciones apropiadas para la eliminación de los residuos y su ubicación. En el Plan no se concretaban los lugares e instalaciones para la eliminación de residuos, difiriéndose su determinación al planeamiento urbanístico, a las Directrices de ordenación del Territorio de ámbito regional y a la iniciativa particular. El Tribunal Supremo afirma que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, es necesario que los planes de residuos incluyan los emplazamientos de los lugares de eliminación de residuos o, al menos, unos criterios suficientes para que la autoridad competente pueda determinar si el lugar o la instalación se ajusta a los criterios de gestión del Plan. Por tanto, la previsión de una ubicación en un área excesivamente amplia, o con la mera indicación de «áreas preferentes», no se ajusta a las exigencias comunitarias, poniendo en riesgo la salud pública y el medio ambiente.

Frente al argumento basado en la competencia que el art. 4.2 de la Ley de Residuos atribuye a la Comunidad Autónoma para la aprobación de planes en materia de residuos, la otra causa estimada por el Tribunal de instancia y por el Tribunal Supremo fue la nulidad del apartado 8.2.2 del Plan impugnado, que establecía un objetivo específico del 40% de regeneración de aceites de automoción para el año 2010, muy por debajo de las previsiones del Real Decreto 679/2006, de 2 de junio, en el que se establece con carácter de norma básica un mínimo del 65% a partir del 1 de enero de 2008.

2.3. EL DEBER DE UTILIZAR LAS «MEJORES TECNOLOGÍAS DISPONIBLES» EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES POR MOTIVOS AMBIENTALES: COMPETENCIAS AUTONÓMICAS Y MUNICIPALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En este apartado deben examinarse sucintamente cinco sentencias del Tribunal Supremo que corresponden al período estudiado, cuatro que afectan a una ordenanza local y una quinta a un reglamento autonómico, pero también debe hacerse referencia a una reciente sentencia del Tribunal Constitucional relativa a una Ley autonómica. En todas ellas se utiliza la cláusula de adaptación a la mejor tecnología disponible, aunque el título competencial o de intervención invocado difiera.

A) La «cláusula de progreso» en las ordenanzas locales

Son cuatro sentencias del Tribunal Supremo, todas de la misma sección y ponente, las que tienen como objeto último la impugnación por alguna empresa de telefonía de

las ordenanzas reguladoras de las instalaciones de telefonía móvil³². No suponen una novedad, sino que se enmarcan en la línea jurisprudencial favorable a la competencia municipal para aprobar ordenanzas que suponen limitaciones para las empresas de telefonía en función de sus competencias urbanísticas, sobre patrimonio cultural o en materia de estética urbana. Esta tendencia tiene su inicio, salvo error por mi parte, en 2001³³, aunque es a partir del año 2003 cuando aparece específicamente la cuestión del empleo de la cláusula de «mejor técnica disponible» en estas ordenanzas, cláusula que es dada por buena por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 15 de diciembre de 2003³⁴ –la Ordenanza impugnada establecía el deber de utilizar «la mejor tecnología posible que sea compatible con la minimización del impacto visual»–, con el argumento genérico de que «la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por las normas reglamentarias y, en concreto por las Ordenanzas municipales, es no sólo posible y constitucionalmente lícito sino habitual e inevitable, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia» (fundamento segundo, 2, b). Posición que es reafirmada en diversas sentencias posteriores, en muchas de las cuáles de caracteriza la exigencia referida como «cláusula de progreso»³⁵. A esta línea dan continuidad las últimas sentencias, entre las que se

32. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 15 de febrero de 2011 (recurso de casación núm. 4163/2006 [RJ 2011, 1464], ponente Antonio Martí García), sobre la Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones de Instalación de Elementos y Equipos de Radiocomunicación de Coslada. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 12 de abril de 2011 (recurso de casación núm. 5333/2006 [RJ 2011, 3198], ponente Antonio Martí García) trae causa de la impugnación de la Ordenanza Municipal Reguladora de las Instalaciones de Radiocomunicación y Funcionamiento de las mismas del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera. Con la misma fecha, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 12 de abril de 2011 (recurso de casación núm. 1809/2008 [RJ 2011, 3196], ponente Antonio Martí García) examinaba la Ordenanza municipal sobre instalaciones e infraestructuras de radiocomunicación en el término municipal de Valladolid. Finalmente, también está referida a una ordenanza local la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª) de 17 de enero de 2012 (recurso de casación núm. 297/2006 [JUR 2012, 30793], ponente Antonio Martí García) se resuelve el recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha por la que se había desestimado el recurso interpuesto por una empresa de telefonía contra la Ordenanza Municipal Reguladora de Instalaciones de Radiocomunicación, en término municipal de Iniesta (Cuenca).
33. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 18 junio 2001, recurso de casación núm. 8603/1994 (RJ 2001, 8744), ponente Juan Antonio Xiol Ríos, sobre la Ordenanza de instalación de antenas del Ayuntamiento de Barcelona.
34. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 15 de diciembre de 2003 (recurso de casación núm. 3127/2001 [RJ 2004, 326], ponente Rafael Fernández Montalvo), sobre la Ordenanza del sobre instalación de antenas del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.
35. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 24 mayo 2005, recurso de casación núm. 2623/2003 (RJ 2005, 4413), ponente Octavio Juan Herrero Pina, a propósito de la Ordenanza de instalación de antenas del Ayuntamiento de Barcelona (fundamento quinto): «la previsión de utilización de la mejor tecnología no se efectúa de forma abstracta sino en relación con la consecución de los fines cuya garantía incumbe al Ayuntamiento, con referencia específica a la consecución del mínimo impacto visual, que se configura como prevalente, es decir, en función de los objetivos a los que responde el ejercicio de las competencias municipales y por lo tanto dentro de sus atribuciones». En sentido coincidente, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 16 de julio de 2008, recurso de casación núm. 7790/2004 (RJ 2008, 6810), ponente Santiago Martínez-Vares García, sobre la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Zaragoza de instalación de telecomunicaciones por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas, fundamento

puede citar la de 12 de abril de 2011, relativa a una ordenanza del Ayuntamiento de Valladolid (fundamento sexto):

«Y, en cuanto al deber de atemperar las instalaciones al deber de utilización de la mejor tecnología disponible, que en la Ordenanza de referencia se refiere a su impacto visual, también ha de ponerse en relación con antecedentes de la doctrina de esta Sala. Así, nos hemos referido a esta especie de cláusula de progreso en nuestra sentencia de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004, y, siguiendo su criterio, en otras posteriores (por todas, la de 15 de junio de 2010, rec. 240/2007), relacionándola con la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Supone ésta una técnica en que, junto a las zonas de certeza positiva o negativa, se distingue un llamado “halo o zona de incertidumbre” en relación a la cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva supone una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad.

Por lo tanto, en esta como en aquella ocasión, nada hay que oponer a la posible utilización de esa denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual, como tampoco a la posibilidad de que tal finalidad se plasme en restricciones a la instalaciones de antenas en determinadas ubicaciones o alturas...»

B) La cláusula de mejor tecnología disponible en la normativa autonómica: la legitimidad condicionada de una fundamentación ambiental

El Tribunal Supremo es mucho más restrictivo con la posibilidad de las comunidades autónomas de imponer la cláusula de adaptación al progreso tecnológico, probablemente por las mucho mayores capacidades de intervención que tienen estas entidades respecto a las propias de las entidades locales, pero también porque las competencias ejercidas por los municipios se enmarcan más claramente en competencias urbanísticas y ambientales. No obstante, pueden apreciarse diferencias de matiz entre el Tribunal Supremo, que se ha mostrado más restrictivo, y el Tribunal Constitucional, algo más flexible, recurriendo a la técnica de las sentencias interpretativas.

tercero *in fine*. También Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 23 de noviembre de 2010, recurso de casación núm. 4780/2006 (RJ 2010, 8632), ponente Antonio Martí García, fundamento noveno; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 6 de abril de 2010, recurso de casación núm. 4550/2007 (RJ 2010, 4592), ponente Antonio Martí García, fundamento cuarto; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 4 de mayo de 2010, recurso de casación núm. 4801/2006 (RJ 2010, 3577), ponente Antonio Martí García, fundamento tercero; y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 5 de octubre de 2010, recurso de casación núm. 5973/2006 (RJ 2011, 970), ponente Antonio Martí García, fundamento cuarto.

Éste es el sentido de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 22 de marzo de 2011 (recurso de casación núm. 1845/2006 [RJ 2011, 5747], ponente Jesús Ernesto Peces Morate). El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa de telecomunicaciones contra el Decreto catalán 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación. Recurrida la sentencia de instancia en casación, el Tribunal Supremo anula la sentencia y estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

La cuestión primordial era la competencial, el deslinde entre la competencia estatal en materia de regulación de las telecomunicaciones y la competencia autonómica en materias como urbanismo, ordenación del territorio, medio ambiente y sanidad. La cuestión era si bajo la cobertura formal de las competencias autonómicas en realidad se habían regulado aspectos técnicos de las telecomunicaciones, lo que recae en la exclusiva competencia estatal. El Tribunal Supremo parte de la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones, aunque acepta la coexistencia de títulos competenciales concurrentes en el mismo espacio físico, por lo que invoca el desarrollo de técnicas de coordinación, colaboración y cooperación administrativas. En todo caso, Tribunal Supremo sostiene que las competencias autonómicas no pueden desvirtuar las competencias reservadas al Estado, dada la existencia de un interés general superior que debe prevalecer sobre la perspectiva más limitada de las competencias propias de las comunidades autónomas. En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo se apela al principio de unidad de mercado y al derecho a la libertad de empresa para fundamentar la prevalencia de una competencia estatal que garantiza la unidad de mercado, que es el objetivo jurídico perseguido por el artículo 149.1.21 de la Constitución en el campo de las telecomunicaciones. En la sentencia se aborda específicamente el deber establecido reglamentariamente de incorporar la mejor tecnología disponible. También en este punto concreto el Tribunal Supremo considera que se han excedido las competencias de la Comunidad Autónoma, ya que no remite la determinación de esa mejor técnica disponible a la legislación estatal, sino que deja la cuestión en un nivel de incertidumbre contrario a la seguridad jurídica. En los términos utilizados por el Tribunal Supremo (fundamento decimoquinto):

«Nos parece evidente que la determinación de los estándares de tecnología idóneos es una cuestión que entra de lleno en el ámbito reservado para el legislador estatal ex artículo 149.1.21 de la Constitución, conclusión que no se desvirtúa por el hecho de que esa obligación se enmarque en una finalidad de índole ambiental, cual es prevenir las afecciones al paisaje y las emisiones, pues, como ya hemos dicho antes y ahora reiteramos, esa finalidad no puede ser esgrimida para diluir la competencia exclusiva estatal y fraccionar la unidad del mercado en tantas regulaciones como Comunidades Autónomas e incluso Ayuntamientos haya en función de lo que cada uno estime como más adecuado a estos efectos.

Podría oponerse a nuestra conclusión que el precepto no dispone que será la Comunidad Autónoma la que fije esos estándares, sino que presupone lo establecido en la normativa estatal y se limita a ordenar que las operadoras ajusten o adapten sus instalaciones a las peculiares circunstancias de cada emplazamiento, desde la

perspectiva de la menor afección al ambiente, pero siempre en el marco de los parámetros técnicos predefinidos por el Estado.

Empero, esta objeción carece de validez, para enervar la conclusión que hemos alcanzado, por dos razones:

En primer lugar, porque *los términos literales del artículo 6.2.a) son que los titulares de las actividades deberán ejercerlas utilizando la mejor técnica disponible, y no menciona, ni en este artículo ni en ningún otro del reglamento, que esa técnica será la que establezca el Estado.* Más aún, el precepto se remite a la Ley autonómica 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, la cual, a su vez, tampoco se remite a estos efectos a la legislación estatal, más bien, al contrario, dibuja un marco normativo en el que el ordenamiento estatal no se menciona ni se contempla, al menos a los efectos que ahora interesan.

En segundo lugar, porque *no cabe extender generalizadamente y sin matices a este Orden jurisdiccional el siempre polémico método de las llamadas "sentencias interpretativas" con el mismo sentido y alcance con que lo hace el Tribunal Constitucional, a fin de que los Tribunales contencioso-administrativos fijemos un contenido de la norma que realmente ésta no explicita, ni cabe inferir de forma implícita aunque evidente, pero que permita salvar su legalidad.* Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional dicta "sentencias interpretativas" con el fin de limitar la declaración de inconstitucionalidad únicamente a los casos en que no es posible salvar el precepto cuestionado con una "interpretación conforme"; pero en el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa tal posibilidad se encuentra con el obstáculo de que no incumbe a este Tribunal determinar la forma en que han de quedar redactadas las normas jurídicas (artículo 71.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Es verdad que cualquier sentencia incorpora una interpretación de los preceptos que aplica, y desde esta perspectiva todas las sentencias son, de alguna forma, interpretativas, pero lo que no puede hacer esta Jurisdicción es pronunciar una sentencia que adicione el texto de la norma examinada cuando ese sentido ni se expresa en la norma ni se desprende con naturalidad de su redacción, pues los Tribunales de justicia carecen de potestades normativas.

En este caso, *el artículo 6.2 .a) no remite la determinación de esa mejor técnica disponible a la legislación estatal ni cabe entender que eso es evidente aunque no se diga de forma expresa, sino que deja la cuestión en un nivel de incertidumbre que pugna frontalmente con la imprescindible seguridad jurídica que debe presidir las relaciones de los operadores con la Administración en un marco económico como éste, tan necesitado de certeza y previsibilidad con el fin de servir de referencia para guiar las decisiones empresariales.»*

Aunque exceda de los contenidos propios de este trabajo, debe reseñarse que una cuestión estrechamente emparentada ha sido abordada por el Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2012, de 18 de enero (ponente Eugeni Gay Montalvo) que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra varios artículos de la Ley 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha. Nuevamente, la cuestión es el deslinde entre un título competencial sectorial (telecomunicaciones, contemplado en el art. 149.1.21 de la Constitución) y títulos de carácter transversal u horizontal, como la ordenación del territorio o la protección del medio ambiente, aunque con otro título sectorial como la sanidad, cuyas bases están reservadas al Estado en el art. 149.1.16 de

la Constitución, puesto que las infraestructuras de telecomunicaciones puede tener un impacto sobre el medio ambiente y el paisaje, además de la incidencia que la exposición a campos electromagnéticos puede tener sobre la salud humana.

Entre los preceptos impugnados está el art. 7 de la Ley³⁶, en el que, entre otras cosas, se impone a los operadores de las instalaciones de radiocomunicación el deber de incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes y a minimizar el impacto ambiental y visual. En cuanto al deber de «*incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes*», es declarado inconstitucional. Sin embargo, el inciso «*incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan ... a minimizar el impacto ambiental y visual*» es declarado conforme a la Constitución, siempre que se interprete en el sentido indicado en los fundamentos jurídicos 5, 7 y 9 de la Sentencia 8/2012.

El Tribunal analiza con este precepto se vulnera la competencia estatal en materia de telecomunicaciones, especialmente en cuanto permite asegurar la homogeneidad técnica en materia de radiocomunicación, así como la competencia estatal para la gestión del espectro radioeléctrico, en cuanto comprende el reconocimiento del derecho a su uso y, finalmente, si se interfiere en las potestades de planificación del Estado.

Respecto al deber de «*incorporación de las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes*», el Tribunal Constitucional analiza la concurrencia de las competencias en materia de sanidad, protección ambiental y urbanismo tomando como base el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. También se trae a colación lo establecido en el art. 44.1, a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, relativo a las «*facultades del Gobierno para la gestión del dominio público radioeléctrico*», en el que se habilita al Gobierno para establecer reglamentariamente «*el procedimiento de determinación, control e inspección de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable y que no supongan un peligro para la salud*

36. Artículo 7. Conservación y revisión:

«Los operadores están obligados a mantener sus instalaciones en las debidas condiciones de seguridad, estabilidad y conservación, así como a *incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes y a minimizar el impacto ambiental y visual* de acuerdo con los fines de esta Ley.

Los operadores tendrán que revisar las instalaciones anualmente, notificando en el plazo de dos meses a la Consejería competente la acreditación de dicha revisión.

Los titulares de las instalaciones estarán obligados a subsanar las deficiencias de conservación en un plazo máximo de quince días a partir de la notificación de la irregularidad. Cuando existan situaciones de peligro para las personas o bienes, las medidas deberán de adoptarse de forma inmediata.

En los supuestos de cese definitivo de la actividad o existencia de elementos de la instalación en desuso, el operador o, en su caso, el propietario de las instalaciones deberá realizar las actuaciones necesarias para dismantelar y retirar los equipos de radiocomunicación o sus elementos, y dejar el terreno, la construcción o edificio que sirva de soporte a dicha instalación, en el estado anterior al establecimiento de los mismos.»

pública». Con esa base, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión que la determinación de los niveles tolerables de emisión no entra sólo en la competencia sobre las telecomunicaciones, sino también en la competencia para establecer las bases en materia de sanidad reservada al Estado en el art. 149.1.16 de la Constitución (fundamento sexto, *in fine*):

«...la regulación de los niveles de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no sólo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como un presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. Es más, correlativamente, esos niveles de emisión fijados por el Estado funcionan, también, como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación, así como de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando su unidad. En definitiva, a través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones.

Constatado el carácter básico de la regulación estatal de los niveles tolerables de emisión, es preciso concluir que *las Comunidades Autónomas no pueden alterar esos estándares, ni imponer a los operadores una obligación de incorporar nuevas tecnologías para lograr una minimización de las emisiones, no sólo porque ello resulte contrario a las bases establecidas por el Estado en materia sanitaria, sino también porque de esa forma se vulnerarían, en último término, las competencias legítimas del Estado en materia de telecomunicaciones*. Procede, pues, declarar la inconstitucionalidad del inciso del artículo 7 de la ley castellano-manchega en el que se obliga a los operadores a “incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes”.»

A continuación se analiza la constitucionalidad de la obligación de incorporar las mejoras tecnológicas con la *finalidad de minimizar el impacto ambiental y visual de acuerdo con los fines de la ley autonómica*. El Pleno considera que en este caso no se invaden las competencias estatales en materia de telecomunicaciones, sino que tal obligación puede encontrar cobertura en la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre urbanismo y en la competencia para aprobar legislación de desarrollo y normas adicionales de protección en materia de medio ambiente. No obstante, el deber de adaptarse a la nueva tecnología no podrá afectar o alterar las características técnicas de la red, las condiciones de prestación del servicio y de explotación de la red, ni modificar las condiciones de gestión del espacio radioeléctrico, puesto que si esto sucediera se estaría invadiendo la competencia estatal (fundamento siete):

«Se impone, por tanto, una interpretación del primer apartado del artículo 7 de la ley castellano-manchega impugnada acorde con la legislación estatal de telecomunicaciones, conforme a la cual este artículo lo que establece es una obligación de actualización tecnológica debidamente justificada en aras de la protección de intereses ambientales o urbanísticos y siempre que ello sea acorde con el principio de proporcionalidad y no se incida en las competencias del Estado, perturbándolas o menoscabándolas, esto es, siempre que no se incida o se alteren las competencias estatales sobre las características técnicas de la red y las condiciones de prestación

del servicio, de gestión del espacio radioeléctrico o de explotación de la red. Ello implica, naturalmente, la instrumentación de medidas de cooperación entre el Estado y la Comunidad Autónoma, que a este Tribunal no le corresponde determinar, de modo que la actualización tecnológica que prevé el precepto debe ser conocida previamente por el Estado a fin de que pueda expresar su criterio sobre la afectación que dicha actualización pueda tener sobre sus propias competencias. Así interpretado el precepto no invade las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, en consecuencia, puede considerarse constitucional, por lo que esta interpretación de conformidad del precepto se llevará al fallo.»

