

Jurisprudencia contencioso-administrativa: los espacios naturales protegidos y otros pronunciamientos del Tribunal Supremo

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ

Sumario

	<i>Página</i>
I. Espacios naturales protegidos	258
1. La resolución de problemas en la delimitación de los espacios naturales	258
2. En particular, la delimitación mediante Ley de la zona de protección	259
3. Invalidez de un PORN por omisión del trámite de audiencia .	262
4. Responsabilidad patrimonial por la protección de espacios naturales	264
A) Una normativa poco clara y una jurisprudencia vacilante	264
B) La indemnización por la pérdida de derechos de caza .	269
C) La necesaria clarificación del régimen de responsabilidad patrimonial por la protección de espacios naturales	270
II. Otros pronunciamientos del Tribunal Supremo	271
1. Derechos de emisión de gases de efecto invernadero: compatibilidad de determinadas restricciones a la transmisión de derechos de emisión con el Derecho comunitario	271
A) La continuidad de la línea jurisprudencial sobre la necesidad de motivación	272
B) La restricción de derechos de emisión en caso de cierre de una planta y su adecuación al Derecho comunitario	274
	257

	<i>Página</i>
2. Evaluación de impacto ambiental	277
3. La impugnación de la normativa reglamentaria sobre suelos contaminados	281

* * *

I. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

El régimen jurídico de los espacios naturales protegidos es el aspecto de la normativa ambiental que ha suscitado un mayor número de sentencias del Tribunal Supremo durante el pasado año, aunque en algunos casos su interés sea casi histórico, por referirse a normativas ya derogadas, lo que sucede con lo relativo a la reserva de Ley para crear un espacio natural protegido o, más en particular, la necesidad de Ley previa para que se pudiera delimitar una zona de protección.

En otros casos los pronunciamientos tienen interés también desde una perspectiva actual: es el caso de la matización de la regla jurisprudencial de prevalencia de la parte literaria de los planes ambientales sobre la gráfica, regla que sólo se aplicará cuando no sea posible determinar donde se halla el error (Sentencia de 13 de noviembre de 2009). O el caso del tema recurrente de la indemnización a los propietarios o titulares de derechos reales por las limitaciones derivadas del régimen de protección.

1. LA RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS EN LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES

Diversos problemas de delimitación de un espacio natural son abordados en la sentencia de 13 de noviembre de 2009¹. Los problemas vienen en este caso de la existencia de una sentencia judicial previa en la que se había rectificado la clasificación contenida en un plan urbanístico, reconociendo la condición de urbanizables a unos terrenos. Sin embargo, el contenido de la sentencia no se incorpora físicamente a la documentación del planeamiento o, al menos, no a su parte gráfica. Esto produce determinados problemas cuando posteriormente, partiendo de los contenidos originarios del plan

1. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 13 de noviembre de 2009, recurso de casación núm. 3511/2005, ponente Pedro José Yagüe Gil, por la que se casa la Sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid de 21 de febrero de 2005 (JUR 2005, 120048) y desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para el Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno.

258

urbanístico, la Comunidad Autónoma procede a aprobar el Plan de ordenación de los recursos naturales de un nuevo parque, cuya delimitación pretende hacer coincidir con la del suelo no urbanizable. Sin embargo, se incluyen en la delimitación los terrenos cuya clasificación como urbanizables había sido establecido en sentencia. El Tribunal Supremo soluciona las contradicciones anteriores partiendo de tres premisas.

Primero, la prevalencia del Plan de ordenación de los recursos naturales sobre los planes urbanísticos, incluso cuando el contenido de éstos haya sido establecido en sentencia judicial firme: en el caso, la clasificación de unos terrenos como urbanizables, condición que pierden al ser incluidos en el espacio natural delimitado por el PORN.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo rechaza que exista un defecto de motivación –en la exposición de motivos del PORN sólo se hacía referencia a suelos clasificados como no urbanizables–, puesto que debe darse un mayor valor a las razones contenidas en los documentos técnicos incluidos en el expediente, sobre la expresión más formal de la memoria.

Finalmente, pese a la referencia expresa a que la delimitación del espacio natural se correspondía con el suelo clasificado como no urbanizable, el Tribunal Supremo entiende que no es aplicable la prevalencia de la parte literaria de los planes ambientales sobre la gráfica, como ha afirmado en otras ocasiones, ya que esa solución sólo se aplicará cuando no sea posible determinar donde se halla el error.

2. EN PARTICULAR, LA DELIMITACIÓN MEDIANTE LEY DE LA ZONA DE PROTECCIÓN

Al margen de toda la problemática que ha generado la declaración de espacios naturales, en las sentencias a las que a continuación se hace referencia se aborda un aspecto muy concreto². En las sentencias de 30 de junio y de 1 de julio de 2009³ se aborda la cuestión de la posible vulneración de una

2. Sobre la problemática derivada de la declaración por Ley de los espacios naturales protegidos, vid. por todos LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2009): *Política ecológica y pluralismo territorial*, Madrid, Marcial Pons, págs. 238 y ss.; en particular, págs. 249 y ss.
3. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de junio de 2009, recurso de casación núm. 7/2005 (RJ 2009, 5808), ponente Rafael Fernández Valverde, que casa la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de octubre de 2004 (RJCA 2004, 1140), y estima el recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 60/2003, de 13 mayo, por el que se aprueba la ordenación de las zonas húmedas del sur de Alicante. Y Sentencia de la misma sección de 1 de julio de 2009, recurso de casación núm. 589/2005, con el mismo ponente e idéntica pretensión de fondo, aunque referida a la Sentencia del TSJ valenciano de 26 de noviembre de 2004 (JUR 2004, 68458).

reserva de ley para delimitar las zonas periféricas de protección de los espacios naturales.

La respuesta dada a la cuestión anterior por el Tribunal Supremo es positiva, lo que motiva la anulación del Plan de ordenación de los recursos naturales impugnado, aunque no se trate de sentencias innovadoras en términos absolutos: en ambas se invoca la Sentencia de 16 de junio de 2003⁴. Aunque en la sentencia de 2003 se estimaba parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Generalidad valenciana –por entender, contrariamente a lo argumentado en la sentencia de instancia, que no era necesario el dictamen del Consejo de Estado para aprobar mediante Decreto un Plan regulador de uso y gestión–, se estimaba «parcialmente» el recurso, anulando lo relativo a la zona de protección del Parque Natural Las Lagunas de la Mata y Torrevieja. Lo sustancial de la argumentación se encuentra en el fundamento de derecho tercero:

«Es evidente, por tanto, que el precepto permite que los Espacios Naturales Protegidos *declarados por ley* puedan incorporar unas zonas periféricas de protección. *El alcance y especificación de la protección puede o no estar en la ley, pero es inexorable que la ley de creación misma proclame la existencia de la zona de protección.* La otra hipótesis, la de creación de espacios naturales precedidos al Plan de Ordenación de Recursos Naturales obliga a éste, a tenor del artículo 4.3 c) a definir el régimen de protección que proceda. La hipótesis excepcional, recogida en el artículo 15.2 de la LCEN deja abierta la cuestión de si en la previsión legal contemplada es posible señalar una zona de protección por Decreto sin cobertura de norma con rango de ley. En cualquier caso, esa no es la hipótesis manejada en este pleito pues en la declaración de espacio protegido no se ha hecho uso de la excepcional facultad que el artículo 15.2 de la LCEN contempla. Lo que es evidente es que *ni en la naturaleza del Plan Rector de Uso y Gestión ni entre las funciones que le son atribuidas por la ley se comprende la posibilidad de crear zonas de protección*».

La argumentación anterior es retomada cuando, en 2009, el Tribunal Supremo tiene que enfrentarse a la impugnación del Decreto 60/2003, de 13 de mayo, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba la ordenación de las zonas periféricas de protección del sistema de zonas húmedas del sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de la Mata y Torrevieja y el Fondó), un instrumento que el Tribunal Supremo califica expresamente

4. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de junio de 2003, recurso de casación núm. 2609/1998 (RJ 2003, 4458), ponente Manuel Vicente Garzón Herrero. El asunto de fondo era la impugnación del Decreto 49/1995, de 22 marzo, por el que se aprobó definitivamente el plan rector de uso y gestión del paraje natural de la Comunidad Valenciana de las lagunas de la Mata y Torrevieja.

como Plan regulador de uso y gestión, negando que sea un Plan de ordenación de recursos naturales. El Tribunal Supremo analiza su adecuación a la legalidad, para lo que parte de que el criterio ya establecido jurisprudencialmente a partir de la interpretación de la legislación básica⁵ es que las zonas periféricas de protección de los Espacios Naturales Protegidos sólo pueden ser declaradas por ley. En consecuencia, en el supuesto excepcional de que existiera un Espacio Natural no creado por ley, no se podrá establecer zonas de protección. Como el Parque de Las Lagunas de la Mata y Torrevieja fue declarado por Decreto de la Generalidad Valenciana 237/1996, de 10 de diciembre (en el que además no se contemplan zonas de protección), de lo que se trata es de una norma reglamentaria que se estaría desarrollando por otra del mismo rango.

El Tribunal Supremo examina los preceptos autonómicos en los que se basa la sentencia de instancia para inadmitir el recurso, a los que considera en contradicción con la legislación básica e inaplicables⁶.

No obstante, existen otros pronunciamientos no citados, como la Sentencia de 21 de octubre de 2003⁷, cuyo sentido difiere o, al menos, debe servir para matizar los pronunciamientos anteriores, puesto que reconoce un amplio margen al PORN para delimitar la zona periférica de protección y establecer su régimen (fd segundo):

«entre los contenidos mínimos de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales está la determinación de las limitaciones generales y específicas con especificación de las distintas zonas, entre ellas la Zona Periférica de Protección, a fin de evitar impactos ecológicos o paisajísticos procedentes del exterior, de manera que el Decreto aprobatorio del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales impugnado no se excede de los cometidos que legalmente

5. Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, art. 18.1: «En los espacios naturales protegidos declarados por Ley, se podrán establecer zonas periféricas de protección destinadas a evitar impactos ecológicos o paisajísticos procedentes del exterior. Cuando proceda, en la propia Ley de creación, se establecerán las limitaciones necesarias».
6. Concretamente, se trata de los artículos 29 y 37.2 de la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana. Art. 29.1: «El establecimiento o alteración de la delimitación de áreas de amortiguación de impactos y el régimen de protección aplicable a las mismas podrá asimismo llevarse a cabo por los instrumentos de ordenación el espacio protegido sin que tenga la consideración de modificación de la declaración de espacio natural protegido». Art. 37.2: «En ausencia del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, establecen, además, el régimen de protección y ordenación de usos necesarios para garantizar la conservación, protección y mejora de los valores ambientales».
7. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 21 de octubre de 2003, recurso de casación núm. 10867/1998 (RJ 2004, 54), ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

tiene atribuidos, aunque la Ley de creación del espacio natural protegido con categoría de Parque no estableciese su Zona Periférica de Protección, pues, a diferencia de lo que la Ley 4/1989, de 27 de marzo, dispone para los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, no tiene dicha Ley de creación que fijar necesariamente esa Zona de Protección, como se infiere del citado artículo 18.1 de la referida Ley 4/1989».

Cabe entender la posición, que puede parecer un tanto rígida, de la línea jurisprudencial mayoritaria: debe tenerse en cuenta que en la legislación básica, tanto en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de espacios naturales protegidos y de la flora y fauna silvestres, art. 22.1, como en la Ley 42/2007, de 13 diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, art. 10.1, únicamente se ha establecido la reserva de Ley para la declaración de los parques nacionales⁸. La inferencia implícita es asimilar los espacios declarados por Ley con los de mayor relevancia y, por tanto, con los únicos que deben tener una zona periférica de protección, con todos los inconvenientes y limitaciones que comporta tanto para los propietarios, como para la población de la zona. De alguna manera, esta concepción puede haberse trasladado a diversas leyes autonómicas, en las que se establece la reserva de Ley para la declaración de algunas categorías de espacios naturales⁹.

No obstante, debe recordarse que, a diferencia de lo que se establecía en la normativa anterior –en la Ley 4/1989, art. 18.1, se vinculaban las zonas periféricas de protección con «los Espacios Naturales Protegidos *declarados por Ley*»–, en la legislación básica en vigor ha desaparecido cualquier referencia a la Ley como instrumento de delimitación de los espacios naturales en la previsión de las zonas periféricas (Ley 42/2007, art. 37):

«En las declaraciones de los espacios naturales protegidos podrán establecerse zonas periféricas de protección destinadas a evitar impactos ecológicos o paisajísticos procedentes del exterior. Cuando proceda, en la propia norma de creación, se establecerán las limitaciones necesarias».

En consecuencia, puede establecerse la hipótesis de que la línea jurisprudencial reseñada se verá truncada cuando el Tribunal Supremo haya de examinar supuestos que puedan haber surgido tras la derogación de la Ley 4/1989.

3. INVALIDEZ DE UN PORN POR OMISIÓN DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, mediante sentencia de 13 de julio de 2004, estimó parcialmente el recurso contra el Decreto

8. Sobre el sentido de esta reserva de Ley, vid. F. LÓPEZ RAMÓN (2009, págs. 249 y ss.).

9. Vid. F. LÓPEZ RAMÓN (2009, pág. 252).

164/2001, de 7 de junio, de aprobación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural Arribes del Duero (Salamanca-Zamora), al considerar que se había incumplido el trámite de audiencia en su elaboración. No obstante, como dato curioso, limitó los efectos de la invalidez del Decreto al ámbito territorial interesado por los demandantes, es decir, el término municipal de Castro de Alcañices (Zamora). Frente al recurso de casación interpuesto por la Junta, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida¹⁰.

El asunto presenta dos aspectos de interés: la limitación de los efectos de la anulación a sólo una parte del ámbito territorial comprendido en el PORN y la propia estimación de un vicio de procedimiento, cuando el trámite se había realizado, al menos formalmente.

En cuanto a la primera cuestión, realmente difícil de argumentar, se fundamenta en la sentencia de instancia en la pretensión de los recurrentes, mientras que el Tribunal Supremo argumenta que la cuestión no ha sido suscitada por la parte recurrente, además de insinuar que la solución correcta, es decir, la anulación del PORN impugnado, perjudicaría a la parte recurrente.

En cuanto a los vicios de procedimiento, el Tribunal Supremo parte de que, aunque en la legislación ambiental no se sujete a un procedimiento formalizado la aprobación de los PORN, en el art. 6 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, aplicable por razones temporales¹¹, se establecía que deberán realizarse necesariamente determinados trámites:

El procedimiento de elaboración de los Planes incluirá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las asociaciones que persigan el logro de los principios del artículo 2 de la presente Ley.

Se trata de un precepto básico (disposición adicional sexta), que comporta determinadas obligaciones materiales, no meramente formales. En este

10. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 16 de febrero de 2009, recurso de casación núm. 9414/2004 (RJ 2009, 3220), ponente Eduardo Calvo Rojas.
11. Como es sabido, esta Ley ha sido derogada expresamente por medio de la disposición derogatoria, 1, de la Ley 42/2007, de 13 diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. No obstante, el art. 21.2 de la Ley 42/2007 tiene un contenido muy similar: «El procedimiento de elaboración de los Planes incluirá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las organizaciones sin fines lucrativos que persigan el logro de los objetivos de esta Ley».

sentido, por el Tribunal Supremo se invoca el precedente de dos de sus propias sentencias de 25 de febrero y de 4 de marzo de 2003¹², en las que se exige para estimar cumplidos los trámites de participación de los ciudadanos en estos procedimientos, no su mera realización formal, sino su consideración por la Administración y una respuesta razonada, expresando los motivos que llevan a mantener o rectificar la propuesta inicial.

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LA PROTECCIÓN DE ESPACIOS NATURALES

En función de lo que parecen ser tratamientos diferenciados, el presente epígrafe se articula sustancialmente en dos apartados, uno relativo a lo que podría ser la problemática general de la indemnización por las limitaciones derivadas de la protección de un espacio natural, mientras que el segundo se centra en la indemnización por la pérdida o suspensión de aprovechamientos cinegéticos. Finalmente, se intenta articular una breve síntesis.

A) Una normativa poco clara y una jurisprudencia vacilante

No hay una postura clara en la jurisprudencia sobre las limitaciones de uso y disfrute que deben ser objeto de indemnización. Lo que no es de extrañar, puesto que se trata de un problema constantemente eludido por el legislador estatal: se puede hablar de «la tradicional postura de evitar toda mención al problema en la legislación general del Estado de conservación de la naturaleza»¹³. No obstante, la cuestión de las indemnizaciones sí apa-

12. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 25 de febrero de 2003, Recurso de Casación núm. 6876/1999 (RJ 2003, 3632), ponente Manuel Vicente Garzón Herrero, por la que se estima el recurso de casación y se anula el Decreto 23/1995, de 28 marzo, de la Junta de Castilla-La Mancha, por el que se aprueba el plan plan de ordenación de recursos naturales de Cabañeros-Rocigalpo; y Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 4 de marzo de 2003, Recurso de Casación núm. 5954/1999 (RJ 2003, 3762), ponente Juan Manuel Sanz Bayón, por la que se confirma la sentencia de instancia, que había anulado el Decreto de la Junta de Extremadura 182/1995, de 31 octubre, por el que se aprobaba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Área de Monfragüe.
13. F. LÓPEZ RAMÓN (2009, pág. 260). El problema de las indemnizaciones derivadas de las limitaciones de las facultades de los propietarios derivadas del régimen de protección de espacios naturales han sido objeto de numerosas aportaciones, entre las que cabe citar, además de la anterior, a GARCÍA URETA, Agustín (1999): *Espacios naturales protegidos*, Oñate, IVAP, pág. 466-479; JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo (2000): *El régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*, Madrid, McGraw Hill, págs. 266-273; RUIZ-RICO, José Manuel (2007), «La propiedad privada en los espacios naturales protegidos», en J. M. RUIZ-RICO RUIZ, G. RUIZ-RICO RUIZ, N. PÉREZ SOLA (coord.), *Estudios de derecho ambiental* (I), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 115-146, especialmente 131-140; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María (2007): *Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007 de suelo y en la legislación sobre espacios naturales protegidos*, Pamplona, Aranzadi.

rece tanto en las leyes de declaración de determinados espacios protegidos, como en diversas leyes autonómicas de medio ambiente, aunque no en términos exactamente homologables, de los que pueda extraerse un régimen uniforme, aunque haya una tendencia común a exigir que los usos que deben ser indemnizados deben ser usos permitidos en suelo rústico o no urbanizable y, aunque no en todos los casos, ser objeto de uso efectivo y constante en el momento de la declaración del espacio natural¹⁴

El Tribunal Supremo tampoco ha acertado a aportar seguridad jurídica. No obstante, ha sido posible sintetizar algunas líneas generales: primera, la mera protección de un espacio natural no comporta el derecho a indemnización, sin que será precisa la prueba de que el régimen concreto de restricción de actividades determina la existencia de una lesión; segunda, la privación de aprovechamientos urbanísticos sólo comporta derecho a indemnización cuando al planeamiento urbanístico se halle en una fase avanzada de ejecución de la urbanización; la pérdida de rentas por actividades cinegéticas genera derecho a indemnización¹⁵. En general, podría añadirse, una posición bastante restrictiva a la hora de reconocer derechos de indemnización, con excepciones notables y no siempre predecibles.

Entre las sentencias del último año podemos encontrar supuestos en los que la reclamación de indemnización se ha considerado procedente, como la Sentencia de 30 de abril de 2009¹⁶, aunque la estimación fuese únicamente parcial, denegándose la solicitud de indemnización por la pérdida de aprovechamientos urbanísticos. Tras un largo periplo administrativo y judicial, los terrenos en cuestión pasan de «suelo urbanizable programado» –de acuerdo con el Plan General de Villagarcía de Arosa de 1986– a parque natural, cuyo PORN se aprobó mediante Decreto 88/2002, de 7 de marzo, aunque previamente se habían adoptado diversas medidas de protección y había pasado a ser «suelo rústico de protección de los espacios naturales» en el Plan General de Villagarcía de 2000. En línea con lo que es su jurisprudencia en materia de alteración de planes urbanísticos¹⁷, el Tribunal Supremo considera que el

14. F. LÓPEZ RAMÓN (2009, pág. 267).

15. F. LÓPEZ RAMÓN (2009, pág. 265).

16. Sentencia de la Sala 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 30 de abril de 2009 (recurso de casación núm. 1949/2005 [RJ 2009, 2992]), ponente Pedro José Yagüe Gil, relativo al plan de ordenación de los recursos naturales de la Isla de Cortegada.

17. Un estudio de la normativa en vigor y una síntesis de esa jurisprudencia puede encontrarse en GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2007): «La responsabilidad patrimonial de la Administración por actuaciones urbanísticas», en G. GARCÍA ÁLVAREZ (coord.), *El nuevo régimen del suelo*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública IX, Zaragoza, Gobierno de Aragón, págs. 245-294.

derecho al aprovechamiento urbanístico no llegó a patrimonializarse –nunca se aprobó el proyecto de urbanización, aunque sí llegó a haber ordenación detallada–, pero al mismo tiempo declara que la prohibición de usos cinegéticos, forestales, agrícolas y ganaderos no constituye una limitación del derecho de propiedad, sino una restricción singular que tiene carácter indemnizable, para lo que se apoya en una anterior sentencia de la misma Sala, de 21 de octubre de 2003¹⁸.

Sin embargo, son mayoría las sentencias en las que se rechaza la pretensión de los propietarios de obtener una indemnización por las restricciones de sus facultades derivadas de la protección de un espacio natural. En algún caso, por motivos formales¹⁹. En la mayoría, entrando en el fondo del asunto. Es el caso de las sentencias de 3 y de 7 de abril de 2009, en las que se debate el tema de la patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos, entre otros extremos²⁰.

18. Recurso de casación núm. 10867/1998 (RJ 2004, 54), ponente Jesús Ernesto Peces Morate, ya citada en función de la doctrina de que en un PORN se puede establecer la zona periférica de protección aunque su existencia no esté prevista en la Ley de creación. Sin embargo, considerando legítima esta delimitación, establece el derecho de indemnización de los propietarios por privación de los aprovechamientos cinegéticos y forestales en la zona de protección.

19. En la Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 6 de julio de 2009, recurso de casación núm. 11057/2004, ponente Eduardo Calvo Rojas, se confirmó la desestimación del recurso contra el Decreto del Gobierno Valenciano 180/2002, de 5 de noviembre, de Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Montgó, y se denegó la pretensión subsidiaria de indemnización, sin entrar en el fondo del asunto, con el restrictivo argumento de que tal pretensión no se había planteado en vía administrativa. Según el Tribunal Supremo sólo puede suscitarse válidamente la cuestión de la indemnización en vía contencioso-administrativa sin haberla planteado previamente en vía administrativa cuando vaya ligada a la anulación de un acto administrativo, pero no cuando se plantee como alternativa a la anulación.

20. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 3 de abril de 2009, recurso de casación núm. 9268/2004 (RJ 2009, 4717), ponente Rafael Fernández Valverde; Sentencia de 7 de abril de 2009, recurso de casación núm. 4343/2005 (RJ 2009, 4718), de la misma sección y el mismo ponente; y Sentencia de 8 de abril de 2009, recurso de casación núm. 7505/2005 (RJ 2009, 4255), también de la misma sección y el mismo ponente.

En los tres casos lo recurrido en primera instancia había sido el Decreto del Gobierno Valenciano 78/2001, de 2 de abril, de Plan de Ordenación de Recursos Naturales de la Sierra de Irtá. Las tres presentan argumentaciones en gran medida coincidentes, aunque difieran en función de las razones aducidas por los recurrentes en apoyo de sus pretensiones, en las dos primeras por particulares y en la tercera por el Ayuntamiento de Alcalá de Xivert, como propietario de terrenos afectados. En el texto se sigue directamente el tenor literal de la primera de las sentencias citadas, que es la más amplia en función, probablemente, de una más profusa argumentación del recuso de casación y de una mayor complejidad de la situación individual.

En la Sentencia de 3 de abril de 2009 se trata de una pretensión de indemnización por unos terrenos que fueron adquiridos por su actual propietario con la clasificación de Suelo Urbanizable y para los que llegó a proponer al Ayuntamiento la aprobación de un Plan Parcial de la zona que fue aprobado inicial y provisionalmente, aunque la aprobación definitiva fue suspendida por la Comunidad Autónoma. En el posterior Plan General de Ordenación Urbana de Alcalá de Xivert se clasificaron los terrenos en cuestión como Suelo No Urbanizable. El consiguiente recurso contencioso-administrativo fue estimado parcialmente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 2003 (recurso núm. 410/1999 [JUR 2004, 22639]), confirmada por la STS de 2 de noviembre de 2006 (recurso de casación núm. 3307/2003 [RJ 2006, 9431]), lo que comportó el reconocimiento del derecho a la indemnización de los daños y perjuicios consecuencia de la desclasificación acordada en el PGOU, si bien limitados a los gastos generados por la confección y tramitación del Plan Parcial. Es decir, se cargó al propietario con una pérdida patrimonial neta –un daño emergente, no un mero lucro cesante–, puesto que los terrenos habían sido adquiridos como suelo urbanizable en función de –al menos– una expectativa creada por la Administración. A falta de más datos –como un eventual incumplimiento por el propietario de los plazos establecidos en el ordenamiento urbanístico–, parece difícilmente asumible que un sacrificio semejante deba ser asumido por un patrimonio individual.

El Tribunal Supremo refuerza su argumentación con una profusa lista de sentencias sobre indemnizaciones derivadas del planeamiento urbanístico, tanto en su vertiente de alteración del planeamiento, como de limitaciones o vinculaciones singulares no susceptibles de equidistribución, en un impresionante acarreo de citas literales.

Entre las sentencias citadas, con transcripción literal de parte de la misma, figura la fundamental Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1987²¹, un auténtico *leading case* en esta materia. Pues bien, en la transcripción parcial no se incluye los siguientes párrafos, extraídos del fundamento de derecho octavo:

«Para que una específica indemnización del tipo de la que se reclama resultara procedente –recuérdese que *aquí se está protegiendo la seguridad del tráfico jurídico*– sería preciso que los terrenos *hubieran sido adquiridos ya a los precios resultantes de sus posibilidades urbanísticas*; así, en el caso de que una alteración anticipada de la ordenación hiciera inviable la urbanización, *provocando un descenso de valor*, se produciría la lesión indemnizable. No es este el caso

21. (RJ 1987, 5255). Ponente Francisco Javier Delgado Barrio.

litigioso en el que ni siquiera se alega una adquisición de los terrenos en las condiciones mencionadas.

Y es que hay que concluir que quien ya era propietario de unos terrenos antes de la aprobación del Plan parcial y lo sigue siendo después de su modificación no ha sufrido lesión patrimonial efectiva por el hecho de que sus fincas subieran de precio para después recuperar el más bajo valor de mercado anterior».

No sabemos si en el caso la alteración del planeamiento tuvo carácter anticipado o no, además de que probablemente la cuestión de la indemnización por pérdida del aprovechamiento urbanístico ya hubiese sido resuelta en un pronunciamiento anterior, siendo superflua la profusa argumentación del Tribunal Supremo. Pero también es evidente que si los terrenos han sido adquiridos a precio de urbanizable, porque esa era la clasificación atribuida por la Administración, existe claramente un perjuicio patrimonial neto cuya no indemnización resulta difícil de justificar.

Resulta todavía mucho más discutible la respuesta –contenida en el fd sexto– a la alegación de que con el PORN recurrido se habría realizado un vaciamiento del derecho de propiedad en beneficio exclusivo de su función social, al no contemplarse una posible indemnización por la eliminación de las facultades inherente a ese derecho, puesto que lo contenido en el PORN es una regulación que anula la vertiente de utilidad individual del derecho de propiedad, infringiendo la Constitución no haber procedido a reconocer la correspondiente indemnización. Sin embargo, el Tribunal Supremo parte de que no estamos ante «aquellas vinculaciones o limitaciones de derechos que sobrepasen la barrera del uso tradicional y consolidado del bien» (como se señala citando la STC 170/1989, de 19 de octubre), sino que se trata de los terrenos adquiridos con una finalidad determinada, su urbanización, y que previamente al PORN ya habían sido calificados como no urbanizables por el Plan General. Es evidente que el razonamiento anterior es completamente erróneo, reconduciendo las utilidades indemnizables a la motivación subjetiva del adquirente de suelo y si no estamos ante una argumentación puramente arbitraria es porque, de pasada y al final del fundamento séptimo, se deja caer que «entre los usos permitidos se contempla la actividad agrícola existente».

Finalmente, también se había suscitado por la parte recurrente la pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 20 de la Ley valenciana de espacios naturales que, al acumular requisitos no exigidos por la legislación estatal sobre responsabilidad patrimonial, habría incu-

rrido en inconstitucionalidad²². La sentencia de instancia, en un argumento transcrito por el Tribunal Supremo, rechaza esa incompatibilidad, por entender que los requisitos de la ley autonómica no hacen sino explicitar los contenidos en la estatal. Desgraciadamente, el Tribunal Supremo se limita a considerar que la no interposición de la cuestión ha sido suficientemente argumentada en la sentencia recurrida, sin entrar en el fondo del asunto.

B) La indemnización por la pérdida de derechos de caza

Ya se ha hecho referencia a que en la Sentencia de 30 de abril de 2009 se reconoce el derecho a percibir una indemnización por la prohibición de usos cinegéticos, aunque no únicamente, sino que la lesión indemnizable se extiende a la prohibición de usos forestales, agrícolas y ganaderos, lo que no constituye una limitación del derecho de propiedad, sino una restricción singular.

Existen otros pronunciamientos que se centran en los usos cinegéticos. En la Sentencia de 5 de febrero de 2009²³ se resuelve el recurso de casación contra una sentencia de instancia por la que se habían desestimado varios recursos acumulados contra diversas resoluciones por las que se prohibía la caza en un coto situado en el Parque Natural de Hondo durante las temporadas 1998-1999, 1999-2000 y 2000-2001. El Tribunal Supremo tiene en todo momento presente un pronunciamiento suyo anterior, la Sentencia de 3 de noviembre de 2004²⁴, por el que se había estimado parcialmente un recurso similar, referido también a la prohibición de cazar en el citado espacio natural, acordando una indemnización para las temporadas 1996-1997 y 1997-1998.

Por otra parte, la cuestión de la indemnización por la pérdida de los derechos de caza no es en absoluto nueva, habiendo dado lugar a diversas sentencias del Tribunal Supremo²⁵, con un sentido coincidente.

22. Ley 11/1994, de 27 diciembre, de espacios naturales protegidos, art. 20.2: «Las limitaciones al uso de los bienes derivados de la declaración de espacio natural protegido o de los instrumentos de ordenación previstos en esta Ley, dará lugar a indemnización cuando concurren simultáneamente estos requisitos: a) Que incidan sobre derechos efectivamente incorporados al patrimonio del reclamante. b) Que afecten a usos o aprovechamientos legal y efectivamente ejercidos en el momento de la imposición de la restricción. c) Que se produzca una lesión patrimonial efectiva, actual y cuantificable en términos monetarios. d) Que se trate de limitaciones singulares no susceptibles de distribución entre los afectados».
23. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2009, recurso núm. 8778/2004 (RJ 2009, 593), ponente María del Pilar Teso Gamella.
24. Sentencia de la misma Sala y sección de 3 de noviembre de 2004, recurso núm. 2716/2001 (RJ 2005, 1586), ponente Segundo Menéndez Pérez.
25. Entre otras muchas, pueden citarse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo

En la sentencia comentada, las prohibiciones anuales de cazar vienen motivadas por la necesidad de proteger dos especies, la cerceta pardilla y la malvasía cabeciblanca, ambas «en peligro de extinción» según el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas (aprobado por Real Decreto 439/1990). Dichas prohibiciones son recurridas por una comunidad de regantes y el recurso es estimado parcialmente por el Tribunal Supremo, que accede a fijar una indemnización por el perjuicio causado por la no obtención de los ingresos que le reportaba la actividad de caza prohibida a la comunidad de regantes recurrente. Lo sustancial de la argumentación de la sentencia se encuentra en el fundamento octavo, que se transcribe parcialmente:

«El análisis de los Convenios de Colaboración suscritos entre la Generalidad Valenciana y la parte recurrente y los Decretos aceptados por la recurrente sobre las actuaciones en el Parque Natural de El Hondo, según aparece parcialmente transcrito en el escrito de demanda (cláusula tercera del Convenio de 1998 y cláusula 4.3 en los Decretos de los años 1999 y 2000) y la contestación a la misma (hecho octavo), se establece la prohibición de la actividad cinegética y piscícola en la Charca Norte del Embalse de Levante, pero en el «resto del coto de la Comunidad de Riegos se realizarán de acuerdo con el plan que elabore la Consellería de Medio Ambiente», aceptando la parte recurrente que no se realizara ninguna actividad cinegética en la citada Charca norte.

De este soporte documental se infieren como señalamos en la Sentencia de 3 de noviembre de 2004 citada, las siguientes conclusiones: a) se acordó respetar los usos tradicionales de la Comunidad de Riegos recurrente, entre los que se incluía la actividad cinegética; b) no se acordó que quedara prohibida toda actividad cinegética, pues tal prohibición era aplicable para la Balsa Norte del embalse de Levante; c) el acuerdo comprendía que se ejerciera una actividad cinegética, pero de modo planificado y ordenado compatible con los intereses medioambientales de la zona; y d) la subvención pactada no recompensaba por la prohibición de la actividad cinegética en el resto del coto, sino sólo por los gastos ocasionados en la ejecución y cumplimiento de las actividades de colaboración que correspondían a la Comunidad según el Convenio».

C) La necesaria clarificación del régimen de responsabilidad patrimonial por la protección de espacios naturales

¿Existe una especificidad respecto a los derechos de caza? Creo que no. Se trata en todos los casos de derechos que venían ejerciéndose y que aporta-

contencioso-administrativo, sección 6ª), de 20 de enero de 1999, recurso de casación núm. 5350/1994, RJ 1999, 1081, ponente Juan José González Rivas, relativa al Parque Natural de Monfragüe, en el que se planteaba la cuestión adicional de las indemnizaciones derivadas de acto legislativo; o la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª), de 21 de octubre de 2003, recurso de casación núm. 10867/1998 (RJ 2004, 54), ponente Jesús Ernesto Peces Morate, relativa al Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de Calblanque,

ban unas rentas que han podido probarse y a las cuales se atiene el Tribunal Supremo a la hora de fijar la indemnización. Por otra parte, no es infrecuente que junto a los derechos de caza se reconozca la indemnización por el cese de aprovechamientos forestales, y que ello se haga en virtud de un razonamiento común.

Frente una legislación que desconoce o, en algunos casos, limita el derecho a indemnización por la afección a los usos del suelo, sólo parece existir el núcleo del uso consolidado. Es decir, que no basta con la proscripción de usos propios de un suelo clasificado como rústico o no urbanizable, sino que como regla general se exige que se acredite que esos usos agrícolas, forestales o cinegéticos se hallaban consolidados. Respecto al aprovechamiento urbanístico parece exigirse algo más, su «patrimonialización» en función de la efectiva ejecución de la urbanización, en función de la concepción implícita de que estamos ante un contenido «artificial», no inherente al derecho de propiedad. Esa exigencia de transformación física de los terrenos convierte este supuesto en difícilmente aplicable en el caso de los espacios naturales protegidos. No obstante, puede recordarse que la legislación estatal ya no exige el cumplimiento de los deberes urbanísticos para reconocer el derecho a una indemnización por la pérdida del derecho a participar en actuaciones de nueva urbanización²⁶. En consecuencia, cabe esperar una futura evolución de una jurisprudencia hasta ahora monolítica.

II. OTROS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO: COMPATIBILIDAD DE TERMINADAS RESTRICCIONES A LA TRANSMISIÓN DE DERECHOS DE EMISIÓN CON EL DERECHO COMUNITARIO

La asignación de los derechos de emisión correspondientes al Plan Nacional de Emisión de Gases de Efecto Invernadero viene dando lugar a numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo a partir de las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre y, sobre todo, de 1 de octubre de 2008²⁷, que anularon diversas asignaciones basándose tanto en una falta de

Monte de las Cenizas y Peña del Águila, aunque aquí los recursos afectados eran los forestales, además de los cinegéticos.

26. Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, art. 25.

27. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 269/2005 [RJ 2008, 4572], ponente Pedro José Yagüe Gil); y de 1 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 99/2005 [RJ 2008, 5612], ponente Jesús Ernesto Peces Morate).

motivación de la resolución, como de la falta de criterios individualizados en los procedimientos singulares de asignación de derechos de emisión, lo que daba lugar a indefensión en sentido material²⁸. Este numeroso grupo de sentencias tiene la particularidad de que, por ser el Consejo de Ministros el órgano competente para realizar la asignación de derechos de emisión, se trata de procesos contencioso-administrativos en única instancia, lo que permite al Tribunal Supremo argumentar sin las limitaciones marcadas por la regulación del recurso de casación.

A) La continuidad de la línea jurisprudencial sobre la necesidad de motivación

En directa sintonía con los pronunciamientos citados está la Sentencia de 6 de julio de 2009²⁹, que resume en estos términos la posición del Tribunal Supremo (fd sexto):

«... debe notarse que en otros recursos contencioso-administrativos dirigidos contra el acuerdo de asignación individual de derechos de emisión para el período 2005-2007 *hemos declarado que la decisión del Consejo de Ministros no está debidamente motivada, pues no permite conocer los criterios aplicados para cuantificar la asignación individual*. Pueden verse en este sentido las sentencias de esta Sala de 23 y 24 de septiembre de 2008 (recurso 269/2005 y 26/2005) y 1 de octubre de 2008 (dos sentencias con esa fecha dictadas en los recursos 86/2005 y 264/2005).

Es cierto que en otros litigios referidos a ese mismo acuerdo del Consejo de Ministros esta Sala no ha anulado por falta de motivación la asignación de derechos de emisión sino que hemos entrado a examinar el fondo de la controversia allí suscitada en cuanto a la asignación de derechos de emisión para la concreta instalación de la que se trataba en cada caso. Son muestra de ello las sentencias (dos) de 10 de octubre de 2008 (recursos 100/2005 y 303/2006), 1 de octubre de 2008 (recurso 99/2005), o las sentencias (dos) de 1 de diciembre de 2008 (recursos 309/2005 y 320/2005). Esta diferente respuesta viene dada, porque en algunos de estos litigios últimamente citados los recurrentes no habían aducido falta de motivación, o la alegaban sólo como argumento de impugnación de carácter secundario o complementario, y porque, en todo caso, *demostraban conocer los criterios aplicados por la Administración*, quizá debido a que los interesados habían interpuesto un recurso potestativo de reposición contra el acuerdo de asignación y la Administración, al resolver

28. GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2009): «Jurisprudencia del Tribunal Supremo: la anulación de asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y otras cuestiones ambientales», en F. LÓPEZ RAMÓN, *Observatorio de Políticas Ambientales 2009*, Pamplona, Aranzadi, págs. 276-293.

29. Sentencia Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de julio de 2009, recurso contencioso-administrativo núm. 98/2005 (RJ 2009, 6909), ponente Eduardo Calvo Rojas.

ese recurso, había ofrecido datos y razones que venían a suplir la falta de motivación del acuerdo originario».

Como se recordará, el Tribunal Supremo arguye la necesidad de motivación sobre un triple argumento: primero, el carácter novedoso de la normativa, en la que falta experiencia aplicativa; segundo, la transparencia y la igualdad en la asignación de los derechos de emisión, evitando la producción de efectos contrarios a la libre competencia; y, tercero, el carácter complejo de la materia, en la que inciden cuestiones técnicas, matemáticas, físicas y económicas, lo que obliga a aumentar el esfuerzo por ofrecer una «explicación razonable, sucinta pero asequible», exponiendo razones que «sean específicas en relación con el destinatario del acto administrativo». Cabe extraer la motivación de los informes incorporados al expediente, pero en este caso tales informes adolecen de la misma falta de concreción. Como señala el Tribunal Supremo (fd séptimo): «la doctrina contenida en los párrafos que acabamos de transcribir es enteramente trasladable al caso que nos ocupa». Lo que motiva la estimación del recurso y la anulación de la asignación, con retroacción de las actuaciones.

Lo dicho de la sentencia anterior puede también predicarse de la Sentencia de 29 de mayo de 2009³⁰, aunque ésta sea menos dogmática, pero más expresiva, como se desprende de la siguiente cita (fd tercero):

«Como se ve, *hay aquí una exposición detallada de los criterios que se han utilizado para la asignación general*, es decir, aplicables a todas las empresas del sector de ladrillos y tejas, *pero no existe en absoluto una justificación de la aplicación concreta de esos criterios al caso particular* de «Cerámica de Alhabía SA», que haya llevado a la asignación específica de 13.334 derechos de emisión anuales; en ninguna parte del expediente administrativo, ni del acto recurrido, ni de la contestación a la demanda del Sr. Abogado del Estado, se da la más mínima explicación de las operaciones de cálculo y de los factores que han llevado a la cantidad final de 13.334 derechos anuales y no a otra. (...) *Es posible que esas cantidades sean las correctas, pero son de todo punto injustificadas, lo que infringe el artículo 54-1-a) de la Ley 30/1992, razón por la cual procede estimar el recurso contencioso-administrativo por falta de motivación del acuerdo que se impugna, lo que nos excusa de estudiar los otros argumentos impugnatorios*».

Por el contrario, responden a una casuística diferente, puesto que desestiman el recurso contencioso-administrativo, las sentencias de 8 de abril de 2009³¹, supuesto en el que la asignación posteriormente impugnada estuvo

30. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 de mayo de 2009, recurso contencioso-administrativo núm. 104/2006, ponente Pedro José Yagüe Gil.

31. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 de abril de 2009, recurso contencioso-administrativo núm. 330/2005 (RJ 2009, 3230), ponente Rafael Fernández Valverde.

basada en los datos aportados por la empresa y que ésta, con posterioridad a la resolución, pretendió corregir, por lo que la anulación de la resolución administrativa es improcedente; de 29 de mayo de 2009³², en la que, a diferencia de la sentencia con la misma fecha y el mismo ponente ya citada, se considera suficiente la motivación ante la presencia en el expediente de «un documento, que es muy relevante, pues contiene una explicación pormenorizada, con específica referencia al caso (...) de los datos y variables de donde la Administración ha obtenido la cifra de (...) derechos asignados» y la alegación de no haber sido tenido en cuenta el aumento de la capacidad de producción de la planta afectada es rechazado por el Tribunal Supremo.

B) La restricción de derechos de emisión en caso de cierre de una planta y su adecuación al Derecho comunitario

Finalmente, tiene un especial interés la Sentencia de 17 de julio de 2009³³, en la que el Tribunal Supremo se pronunció sobre dos cuestiones. Por un lado, afirmó que las diferencias de trato entre industrias estaban justificadas y no tenían el carácter de discriminatorias, más en concreto, que las limitaciones de emisión de gases de efecto invernadero no resultan irrazonables ni exorbitantes respecto de la finalidad perseguida, y la diferencia de trato que comporta para el sector siderúrgico respecto al químico o los metalúrgicos no férreos tiene justificación objetiva y obedece a criterios racionales, por lo que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Arcelor. En segundo lugar, examinó la cuestión de la compatibilidad de determinadas restricciones a la transmisión de derechos de efecto invernadero, concretamente su prohibición y devolución a la Administración en caso de cierre de la planta que motivó la asignación, con la Directiva comunitaria³⁴.

Merece destacarse que el Tribunal Supremo llegó a su decisión sobre la primera cuestión apoyándose en una sentencia comunitaria³⁵. El recurso

32. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 de mayo de 2009, recurso contencioso-administrativo núm. 303/2005, ponente Pedro José Yagüe Gil.

33. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de julio de 2009, recurso contencioso-administrativo núm. 103/2005, ponente Pilar Teso Gamella.

34. Desde una perspectiva comunitaria, vid. SANZ RUBIALES, Iñigo (2008): «La reducción de gases de efecto invernadero y la política energética», en «El mercado interior de la electricidad», monográfico de Noticias de la Unión Europea núm. 284, 2008, págs. 95-104; PAREJO NAVAJAS, Teresa (2010): «Mecanismos de lucha contra el cambio climático en un mercado europeo sostenible», en Revista General de Derecho Europeo núm. 20.

35. El proceso contencioso-administrativo fue suspendido hasta que el Tribunal de Justi-

contencioso-administrativo se basaba en la invalidez del marco normativo europeo que dio origen a la legislación española sobre asignación de derechos de emisión, cuestión sobre la que se ha pronunciado expresamente el Tribunal de Justicia y sobre la que el Tribunal Supremo apenas hace otra cosa que traer a colación la cita de su pronunciamiento.

La segunda cuestión suscitada por la demandante fue cuestionar la normativa española que traspone la Directiva 2003/87/CE, concretamente la previsión de que el cierre de una instalación comporte la pérdida de los derechos de emisión concedidos mediante su asignación por la Administración, pudiera ser conforme con la Directiva³⁶. En esta segunda cuestión centra el Tribunal Supremo su argumentación.

Puesto que la normativa española aplicable en el caso tenía rango de Ley –a la sazón, el Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero–, no era posible entrar a controlar la eventual incompatibilidad con el Derecho comunitario sin plantear una cuestión prejudicial –STC 194/2006, de 19 de junio, entre otras–, que era la primera pretensión de la demandante. El argumento principal era que la normativa española imponía

cia de Comunidades Europeas se pronunciara sobre la validez de la Directiva 2003/87/CE en una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés, como consecuencia de un proceso en que era parte la empresa recurrente. Sin embargo, la jurisdicción comunitaria confirmó la validez de la Directiva en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), de 16 de diciembre de 2008, asunto núm. C-127/2007 (Ponente Thomas von Danwitz [TJCE 2008, 309]), resolviendo una cuestión prejudicial de validez sobre la Directiva 2003/87/CE, en la medida en que dispone la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero al sector siderúrgico, sin incluir en su ámbito de aplicación los sectores químico y de los metales no férreos. El TJCE consideró que en un caso –sector químico, especialmente plásticos– la no inclusión estaba justificada por la enorme complejidad añadida que hubiese supuesto para el mercado de derechos de emisión, mientras que en el otro –metales no férreos, especialmente aluminio– la no inclusión se justificaría por la gran diferencia del nivel de emisiones.

36. Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, art. 7: «Las autorizaciones de emisión de gases de efecto invernadero quedarán extinguidas en los supuestos de: –Cierre de la instalación. –Falta de puesta en funcionamiento de la instalación, transcurridos tres meses desde la fecha de inicio de actividad prevista en la autorización, salvo causa justificada declarada por el órgano competente para otorgar la autorización. –En los supuestos de sanción, conforme a lo previsto en el art. 30, a)». En la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, art. 7, se mantienen los tres supuestos, pero se añade un cuarto: «Suspensión de la actividad de la instalación durante un plazo superior a un año».

un régimen más restrictivo que la normativa comunitaria al establecer la pérdida de los derechos de emisión, sin posibilidad de transmitirlos, en caso de cierre de una planta. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza la pretensión con esta argumentación (fd octavo):

«... la transferencia de los derechos de emisión del artículo 12 impone a los Estados miembros que “velarán por que los derechos de emisión puedan transferirse” y también “velarán por que se reconozca los derechos de emisión expedidos por una autoridad competente”. Y el RD Ley expresado en el artículo 26.4 dispone que el registro no transferirá a la cuenta de haberes de la Administración a la del titular de la instalación cuando se haya extinguido la autorización de la instalación por alguna de las causas del artículo 7, es decir, por el cierre de la instalación, prevista en el apartado a). Previsión acorde con lo que establece el artículo 21.3 del mismo texto legal que dispone que los “derechos de emisión sólo podrán ser objeto de su transmisión por parte de su titular una vez expedidos y transferidos a su cuenta”. De modo que entender que las normas internas sujetan la transmisión a más requisitos que la comunitaria no puede prosperar porque no puede transmitirse lo que no se tiene y no se encuentra a su disposición lo que todavía no ha sido entregado. Por ello, cuando la norma comunitaria alude a que los derechos puedan “transferirse” y que “derechos de emisión expedidos”, y la norma de derecho interno se refiere a “expedidos y transferidos a su cuenta” se produce una identidad respecto del momento desde el que pueden transferirse que no es desde que se produce su asignación como defiende la parte recurrente, pues tal interpretación no se deduce de forma exclusiva y excluyente del contenido de la Directiva.

De manera que el RD Ley 5/2004 cuando regula las consecuencias que el cierre de la instalación comporta para los derechos de emisión fijados pero no entregados y siempre que el cierre tenga lugar antes de dicha entrega, no ha establecido un régimen diferente, contradictorio, o simplemente restrictivo, al que permite la Directiva que traspone, ni constituye una fuente de dispersión de los regímenes nacionales que luego se alumbren, que origine, o pueda originar, una quiebra de los propósitos que traza la Directiva de tanta cita».

Por otra parte, el Tribunal Supremo se apoya en la existencia de un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales comunitarios sobre el Plan de Asignación alemán, en el que se establece una obligación de «devolver» los derechos de emisión que fueron asignados antes del cierre de una planta, además de otros casos de reducción sustancial, en la medida en que se hubiesen convertido en excedentarios, y que no se consideró contrario al Derecho comunitario. Téngase en cuenta que la cuestión no ha sido en absoluto pacífica, puesto que la sentencia en cuestión tuvo como objeto la impugnación por Alemania de la Decisión por la que la Comisión pretendía una rectificación del Plan de asignación alemán³⁷.

37. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Comunidades Europeas, Sala 3, de 7 de noviembre de 2007 (TJCE 2007, 304), recaída en el recurso de anulación T-

2. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Sobre evaluación de impacto ambiental, una de las cuestiones recurrentes en las sentencias del Tribunal Supremo con contenido ambiental, ha sido posible localizar tres sentencias, ninguna de las cuales supone un punto de inflexión en la evolución de la jurisprudencia. Resumiendo el contenido dogmático de las sentencias, el Tribunal Supremo estima que, primero, las modificaciones de escasa entidad de proyectos (de obras hidráulicas, en este caso) no precisan de evaluación de impacto ambiental (sin que proceda entrar en si el proyecto original, no impugnado, contaba con ese documento); segundo, la inexistencia de un estudio de posibles emplazamientos alternativos al propuesto vicia la evaluación de impacto ambiental y es suficiente para anular el proyecto de obras (en este caso de un centro de tratamiento de residuos urbanos); tercero, la afirmación del carácter discrecional de una Estimación de Impacto Ambiental Denegatoria que, por lo demás, tanto en la sentencia de instancia como –indirectamente– en la de casación, se consideró suficientemente fundamentada.

Por seguir tanto un orden cronológico como lógico, la primera de las sentencias pronunciadas durante el año pasado sobre esta materia fue la de 13 de mayo de 2009³⁸. Puesto que la resolución recurrida, acordando una modificación en un proyecto de obra hidráulica, es de 1996, cabe plantearse a que se debe la dilación en resolver las cuestiones planteadas. La explicación la encontramos en que la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en casación, de 17 de noviembre de 2004, reitera lo declarado en una sentencia

374/2004, por la que se estima el recurso de anulación interpuesto contra la Decisión de la Comisión C (2004) 2515/2 final, de 7 de julio de 2004, relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero notificado por Alemania y se anulan los artículos 1 y 2 al considerar no justificado suficientemente por la Comisión la aplicación del principio de igualdad de trato.

Esta Sentencia había sido ya citada con anterioridad por el Tribunal Supremo, concretamente en la Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 1 de octubre de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 86/2005 [RJ 2008, 5611], cuya ponente fue la misma que la de la sentencia comentada, Pilar Teso Gamella, y que anuló una asignación individual de derechos de emisión a instancia de Endesa Generación SA.

38. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 13 de mayo de 2009, recurso de casación núm. 312/2005 (RJ 2009, 5311), ponente Pilar Teso Gamella, por la que se desestima el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2004 (recurso contencioso-administrativo núm. 1333/1996 [JUR 2006, 238725]), por la que se resolvió el recurso presentado por el Ayuntamiento de Los Fayos (Zaragoza) contra la Resolución de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Obras Públicas de 15 de abril de 1996, sobre aprobación del expediente de información pública y de modificación del Proyecto de Regulación de los ríos Queiles y Val, en el término municipal de Los Fayos.

anterior, de 26 de noviembre de 1999, que fue anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2003³⁹ por haber denegado el recibimiento del pleito a prueba. Por otra parte, se trata de un episodio más en la resistencia del Ayuntamiento de Los Fayos, situado cerca de Tarazona, en su intento de conseguir compensaciones adecuadas a la construcción de un embalse –el embalse del río Val, afluente del Queiles– que ha anegado una gran parte de su término municipal⁴⁰.

No obstante, el acto impugnado por falta de evaluación de impacto ambiental y por falta de información y remisión de la modificación del proyecto al Ayuntamiento –la Resolución de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Obras Públicas, de 15 de abril de 1996, que aprobó el expediente de información pública y técnicamente de forma definitiva la Modificación núm. 1 del Proyecto de Regulación de los ríos Queiles y Val, en el término municipal de Los Fayos (Zaragoza)– se limitó a modificar el proyecto de construcción de la presa, modificando la carretera de acceso y la desviación del cauce: por un lado para que la carretera de acceso a la presa no pasase por el núcleo de Los Fayos, sino que fuese desde la CV-601 por el barranco Luzán, atravesase el río Queiles, subiese hasta la cota de coronación y llegase a la desembocadura del trasvase; por otro, las instalaciones auxiliares se llevaron desde las inmediaciones del núcleo de Los Fayos a la zona de detrás del dique, retranqueando unos seiscientos metros la ataguía y extendiendo el canal de desviación.

En cuanto a la primera alegación, la falta de cooperación institucional en relación con el origen pactado de la obra pública, a la vista de las modificaciones del proyecto, el Tribunal Supremo no aprecia «restricción, menos-

39. Recurso de Casación núm. 1271/2000 (RJ 2003, 9108), ponente Jesús Ernesto Peces Morate. No ha sido posible localizar la sentencia de la Audiencia Nacional casada por esta sentencia.

40. Pueden citarse también la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003, recurso de casación núm. 8213/2000 (RJ 2003, 6032), ponente Juan Manuel Sanz Bayón, que confirmó la anulación judicial por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 19 de octubre de 2000 (recurso núm. 236/1997 [RJCA 2001, 150]), de la suspensión de las obras acordada por el Ayuntamiento por inexistencia de licencia municipal. Además de tres sentencias de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 23 de julio de 2009, recursos de casación núms. 5259/2005, 344/2005 y 360/2005 (RJ 2009, 7191 y 7179) y sin numerar, ponente de todas ellas Pedro José Yagüe Gil, y la Sentencia de la Sección 4ª de 13 de octubre de 2009, recurso de casación núm. 4737/2005, ponente Antonio Martí García, resolviendo en última instancia recursos contra la inejecución por inactividad de un convenio con la Confederación Hidrográfica del Ebro y la Diputación General de Aragón, interpuestos bien por el Ayuntamiento, bien por un grupo de vecinos de la localidad.

cabo o intrusión en el ámbito de las competencias de la Entidad local recurrente», aunque admita que la colaboración entre Administraciones siempre puede ser superior a la observada en el caso, «pero tal consideración y aspiración general no comporta la consumación de las infracciones normativas invocadas en los términos expuestos» (fundamento segundo). El Tribunal Supremo justifica la falta de remisión al Ayuntamiento de la modificación del proyecto basándose en la innecesariedad de licencia municipal y su no sujeción al entonces vigente art. 244 del TRLS de 1992, dada su gran trascendencia supramunicipal, para lo que cita su propia Sentencia de 14 de julio de 2003 (recurso de casación núm. 8213/2000 [RJ 2003, 6032]), por la que confirmó la anulación de la suspensión de trabajos acordada por el Ayuntamiento (fundamento tercero). Por citar un fragmento de la cita transcrita por el Tribunal Supremo:

«... no ha infringido el artículo 244 de la Ley del Suelo de 1992, porque la envergadura, trascendencia social, e interés público de la obra excede del ámbito contemplado en este precepto, no necesitando tal obra licencia municipal, ni en consecuencia, traslado del proyecto al Municipio recurrente, sin perjuicio claro está, de su facultad de solicitar a la entidad estatal, todos los datos y concreciones de la obra que estimara pertinentes, no menos que la posibilidad de verificar el proyecto a través del expediente de información pública del proyecto de modificación, aprobado definitivamente el 19 de julio de 1996».

En cuanto a la evaluación de impacto ambiental, la argumentación del Tribunal Supremo suscita algunas dudas acerca de si el proyecto original de regulación de los ríos Queiles y Val fue objeto de evaluación, pero se atiene al argumento formal de ceñirse a la modificación, que no tiene envergadura suficiente para, de acuerdo a la normativa aplicable en aquel momento, ser objeto de una evaluación autónoma (fundamento cuarto):

«... la referencia a la presa de Val no puede fundar la citada infracción porque el proyecto para la construcción de la citada presa no fue el proyecto cuya aprobación se impugnó en el recurso contencioso-administrativo y no se pronunció sobre él la sentencia impugnada. De manera que el apartado g) del grupo 8, en relación con el artículo 3.2 del RD Legislativo de tanta cita, que comprende a “presas y otras instalaciones destinadas a retener el agua o almacenarla, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos: (...) 1. Grandes presas según se definen en el Reglamento técnico sobre seguridad de presas y embalses, aprobado por Orden de 12 de marzo de 1996, cuando no se encuentren incluidas en el anexo I” lo que no resulta de aplicación al caso».

La sentencia de 8 de septiembre de 2009 tiene como objeto un proyecto de centro de tratamiento de residuos urbanos⁴¹. El recurso contencioso-admini-

41. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 de

nistrativo se basaba, entre otros motivos, en la circunstancia de no haber existido en la evaluación de impacto ambiental un estudio de alternativas técnicas y de emplazamiento, así como la de haberse alterado el orden lógico, al aprobarse el proyecto antes de realizarse la evaluación de impacto ambiental. Esto da pie al Tribunal Supremo para reafirmar la posición ya establecida en la Sentencia de 19 de julio de 2004⁴², cuyo ponente era el mismo, sobre la necesidad de que se expliciten las alternativas al proyecto en la evaluación de impacto ambiental y, específicamente, las relativas al emplazamiento, además de las de carácter técnico. Estimada la casación por incongruencia omisiva, la carencia de una evaluación de posibles alternativas al emplazamiento propuesto lleva al Tribunal Supremo a la estimación del recurso. No obstante, también se esgrime, mayor abundamiento, que el proyecto fue aprobado mientras se encontraba pendiente la evaluación de impacto ambiental.

Finalmente, en la sentencia de 14 de septiembre de 2009 se confirma la evaluación ambiental negativa de un proyecto municipal de relleno parcial de un paraje situado en un monte de utilidad pública de varias hectáreas y poblado de encinas⁴³. Aunque no se trate de una sentencia con un gran contenido dogmático, destaca la utilización de técnicas de control de la discrecionalidad en relación con la resolución de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria de evaluar negativamente la realización del proyecto, a lo que se acompaña en la sentencia de instancia la afirmación explícita de una potestad discrecional y la correlativa inexistencia de poderes de sustitución por el juez, debiendo verificarse únicamente la argumentación

septiembre de 2009, recurso de casación núm. 5194/2005, ponente Pedro José Yagüe Gil. Lo recurrido era la resolución de la Junta de Castilla-La Mancha por la que se aprobaba proyecto de adquisición de terrenos, redacción del proyecto y ejecución de obras correspondientes al Centro de Tratamiento de Residuos Urbanos de Talavera. El recurso fue desestimado en instancia (por Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 11 de julio de 2005, recurso contencioso-administrativo núm. 74/2002 [JUR 2005, 180111]), pero la sentencia del Tribunal Supremo fue favorable a los recurrentes.

42. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de julio de 2004, recurso de casación núm. 3080/2001 (RJ 2004, 5405), ponente Pedro José Yagüe Gil.
43. Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 de septiembre de 2009, recurso de casación núm. 3054/2005, ponente Eduardo Calvo Rojas, por la que se confirma la Sentencia del TSJ de Cantabria de 17 de marzo de 2005, recurso contencioso-administrativo núm. 491/2004 (RJCA 2005, 273). El recurso había sido planteado por el Ayuntamiento de Liendo frente a la Estimación de Impacto Ambiental Denegatoria del Director General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en relación con el proyecto municipal de «Acondicionamiento de Terreno en el Paraje de la Hoya», confirmado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad.

y la correspondencia de ésta con los informes técnicos incluidos en el expediente.

3. LA IMPUGNACIÓN DE LA NORMATIVA REGLAMENTARIA SOBRE SUELOS CONTAMINADOS

El Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, desarrolla los artículos 27 y 28 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos. En estos artículos se regulan los aspectos ambientales de los suelos contaminados, y se habilita al Gobierno para, previa consulta a las comunidades autónomas, determinar reglamentariamente los criterios y estándares para evaluar los riesgos que pueden afectar a la salud humana y al medio ambiente, atendiendo a la naturaleza y a los usos de los suelos. Aplicando estos criterios, las comunidades autónomas declararán y harán un inventario de los suelos contaminados existentes, y deberán establecer las prioridades de actuación sobre la base del mayor o menor riesgo para la salud humana y el medio ambiente.

En consecuencia, la Administración deberá asumir la declaración de los suelos contaminados, además su inventario, control y seguimiento, hasta su completa reparación: la declaración administrativa de un suelo como contaminado obligará necesariamente a su descontaminación bajo la supervisión de la Administración. Por otra parte, en los supuestos de realización de obras de recuperación ambiental de los suelos, se precisa la forma en que se declarará que un suelo ha sido descontaminado. En este sentido, en el Real Decreto 9/2005, se regula la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo, así como los criterios y estándares de referencia para la declaración de suelos contaminados, con el propósito de establecer la definición e identificación de los suelos potencialmente contaminados. Además, en el Real Decreto se establecen obligaciones formales de información de los titulares o poseedores de los suelos potencialmente contaminados, para facilitar su control, seguimiento y subsanación, con una vertiente administrativa y otra registral. En este sentido, en el Real Decreto se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1998 sobre la constancia en el Registro de la Propiedad de las resoluciones administrativas sobre declaración de suelos contaminados, y de las realizadas por los titulares de fincas que desarrollen sobre ellas actividades potencialmente contaminantes, precisando el título formal necesario, además del contenido, efectos, duración y requisitos de cancelación de la nota marginal⁴⁴.

44. Vid. DE MIGUEL, Carlos (2007): *Régimen jurídico español de suelos contaminados*, Madrid, Civitas.

Pues bien, el Real Decreto 9/2005 fue objeto de dos recursos directos que han sido resueltos por el Tribunal Supremo durante el pasado año, mediante las sentencias de 26 de marzo y de 8 de mayo de 2009, confirmando la legalidad de la norma reglamentaria impugnada⁴⁵. Ambas sentencias son virtualmente iguales, por lo que se hará únicamente referencia a la primera de ellas, aunque lo dicho sea extrapolable a la otra.

El recurso resuelto mediante la sentencia de 26 de marzo de 2009 –al igual que el que dio lugar a la Sentencia de 8 de mayo de 2009– se fundaba en tres argumentos: haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido, al no haberse dado audiencia a las asociaciones recurrentes; la falta de justificación de la inclusión del sector de aceites comestibles en el ámbito del Real Decreto impugnado; y, finalmente, la arbitrariedad en que habría incurrido la Administración. Este último argumento se despacha sumariamente por el Tribunal Supremo (fundamento ocho), que alega la falta de contenido sustantivo de la alegación de las recurrentes. No sucede lo mismo con los dos primeros.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal Supremo examina las previsiones contenidas en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y realiza una interpretación restrictiva del alcance del mismo, poniendo el énfasis en que la audiencia sólo se establece de forma obligatoria respecto de asociaciones u organizaciones «reconocidas por la Ley», y cuyos fines «guarden relación directa con el objeto de la disposición». Esta posición se apoya fundamentalmente en una extensa cita de la Sentencia de 10 de octubre de 2005⁴⁶ en la que, con cita de numerosas sentencias anteriores, se señala, entre otros extremos, lo siguiente:

«... debiendo distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata, de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley,

45. Sentencia de la Sección 5 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 marzo 2009, recurso contencioso-administrativo núm. 46/2005 (RJ 2009, 1816), ponente Pilar Teso Gamella, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional de Industriales Envasadores y Refinadores de Aceites Comestibles (ANIERAC) y la Asociación Nacional de Empresas para el Fomento de las Oleaginosas y su Extracción (AFOEX). Y Sentencia de la misma Sala y sección de 8 de mayo de 2009, recurso contencioso-administrativo núm. 45/2005 (RJ 2009, 3244), con la misma magistrada ponente, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de la Industria y Comercio Exportador de Aceite de Oliva contra el Real Decreto 9/2005, de 14 enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.
46. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 10 octubre 2005 (RJ 2005, 8476), ponente Octavio Juan Herrero Pina.

no ostentan “por Ley” la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto».

Dado que las recurrentes son asociaciones empresariales que tienen naturaleza privada y carácter voluntario, el Tribunal Supremo rechaza que la omisión de la audiencia tenga ninguna virtualidad invalidante. La consulta era puramente voluntaria, en consecuencia, en función de que la Administración lo considerase «conveniente», conveniencia en función de la cual la Administración sí dio audiencia a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, en cuyo seno se encuentra la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas, a la que pertenecen las recurrentes.

Tiene mayor relevancia ambiental la segunda de las alegaciones de las recurrentes, relativa a la inclusión del sector de la fabricación de aceites comestibles entre las actividades potencialmente contaminantes del suelo. De acuerdo con las recurrentes, no existiría ningún informe técnico-científico que apoye la consideración del sector de aceites vegetales como actividad potencialmente contaminante. Y ello porque *para que el suelo sea contaminado es precisa la presencia de componentes químicos de carácter peligroso, circunstancia que no concurre en el caso de los aceites vegetales, porque no se emplean sustancias químicas en su fabricación.*

Sin embargo, el Tribunal Supremo no va a aceptar la anterior argumentación. Para ello distingue entre el suelo contaminado y las actividades potencialmente contaminantes. En cuanto a los suelos contaminados, en el artículo 2, j) del Real Decreto se definen como aquellos cuyas «características han sido alteradas negativamente por la presencia de *componentes químicos de carácter peligroso de origen humano*, en concentración tal que comporte un riesgo inaceptable para la salud humana o el medio ambiente».

Sin embargo, en la definición que se hace en el artículo 2, e) del Real Decreto de las actividades potencialmente contaminantes se hace referencia a las «de tipo industrial o comercial en las que, *ya sea por el manejo de sustancias peligrosas ya sea por la generación de residuos*, pueden contaminar el suelo...».

Como señala el Tribunal Supremo (fundamento sexto):

«Para que una actividad determinada, ya sea de tipo industrial o comercial, pueda ser considerada como potencialmente contaminante del suelo, a tenor de la definición que antes recogimos, es preciso que concurra uno de los dos requisitos siguientes. De un lado, *cuando por el manejo de sustancias peligrosas se pueda contaminar el suelo, o cuando por la generación de residuos se pueda alcanzar idéntico resultado*».

En consecuencia, es la generación de residuos, no la utilización de sustancias químicas, lo que sitúa la actividad de producción de aceites vegetales entre las actividades potencialmente contaminantes de suelo, como se ha señalado en determinados informes técnicos, como el que se cita en la sentencia (fundamento séptimo):

«Pero es que, además, consta el informe de la Environmental Protection Agency (EPA) de los Estados Unidos, de junio de 2000, cuya traducción figura en el recurso contencioso-administrativo, que no debe hacerse distinción alguna entre los aceites vegetales y grasas animales y los aceites procedentes del petróleo. Se destaca en este informe como pueden generarse en estas instalaciones las siguientes sustancias: fenoles, polifenoles, benzopireno que son aptas para contaminar el suelo. En este sentido, si bien, desde 1983 está vigente la prohibición de vertido de alpechines, lo cierto es que las Confederaciones Hidrográficas ya habían advertido de los peligros derivados de tal actividad por las roturas, averías y filtraciones que se habían producido. Además, del expresado informe de la agencia de Estados Unidos (EPA) se describe de modo minucioso la alta, y en ocasiones aguda, toxicidad de las sustancias que se generan en la fabricación de aceites vegetales, por lo que no puede censurarse, por injustificada, la inclusión en el real decreto impugnado».

En sentido inverso, los recurrentes no han propuesto ninguna prueba pericial que pueda llevar a concluir el carácter inocuo de su actividad desde un punto de vista ambiental.