

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN EXTREMADURA
(SEGUNDO SEMESTRE 2020)

PEDRO BRUFAO CURIEL

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Extremadura

Destacamos un asunto relativo a la agricultura ecológica, tratado por la STSJ de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 24 de julio. Se trata de un recurso contra la exclusión de una explotación agraria del Registro de operadores titulares de fincas agropecuarias de producción ecológica, donde se afirma que se siguieron los trámites debidos y se dio oportunidad al interesado para que formulara sus alegaciones, rechazándose cualquier motivo de nulidad en la resolución de la Junta de Extremadura respecto de la toma de muestras, constatándose la presencia de los insecticidas deltametrín y piriprofixén sin que hubiera contaminación externa, presencia que implica el incumplimiento de los Reglamentos europeos sobre agricultura ecológica. Por cierto, el deltametrín es el producto que emplea la Junta de Extremadura para combatir la langosta y otros insectos, por medio aéreos y terrestres, aspecto que comentamos en la sección de Derecho y política ambientales en este mismo número.

La construcción en suelo no urbanizable, aquélla que tantos favores ha recibido con las sucesivas reformas para darle amparo de la legislación urbanística regional, sigue dando casos que se enjuician en las Audiencias Provinciales. La SAP de Cáceres, Sección 2ª, nº 112/2020, de 22 de mayo, trata el genuino supuesto de transformación por sus promotores y propietarios, un matrimonio, de una caseta de aperos de 25 m² en una vivienda dotada con porche, habitación y baño, sin solicitar ni obtener la preceptiva licencia municipal de obras, ni el proyecto técnico necesarios para esta ampliación, ni la preceptiva calificación urbanística para ese uso residencial en suelo no urbanizable protegido agropecuario y forestal. En primera instancia se condenó a los responsables a un año y cuatro meses de prisión, multa de doce meses con una cuota diaria de cuatro euros y, lo que importa realmente, a la demolición de la obra ilegalmente construida, la ampliación de la edificación (el porche y los cuartos accesorios), y a la restauración del terreno a su estado original. Son muy ilustrativas las palabras de esta sentencia ante la pretensión de exculpación de la esposa a la hora de su atribución de responsabilidad y el carácter de promotora de la obra. En efecto, el FJ 2 de esta sentencia dice: “nos encontramos con que la Sra. T. si puede ser considerada promotora de la edificación cuestionada, pues las manifestaciones de ella misma y de su

marido ,así como documentales permiten confirmar que ella es copropietaria de la parcela en la que se ha ubicado la obra ,es un bien ganancial del matrimonio constituido por ella y por el Sr. B. y a su vez no consta que el capital invertido o necesario para su realización proceda de dinero privativo o exclusivo del marido, sino y al contrario, ella sería también copropietaria del dinero invertido en la obra. Y ante esos datos objetivos confirmados y además siguiendo o aplicándose las reglas o máximas de experiencia consideramos que su autoría en el delito queda acreditada y podemos inferir y concluir en que la Sra. T. no sólo era concedora y consentidora de la obra de referencia, sino que además quería su ejecución definitiva, pues es difícil o mejor dicho resulta imposible de creer que en un matrimonio de personas mayores, jubilados actualmente, que además tendría su primera residencia en el norte de España (Vizcaya) y que llevan conviviendo muchos años, a la vez que pasando largas temporadas en una vivienda sita en el propio pueblo de Garganta la Olla y que compran ambos la parcela nº NUM000 del polígono NUM001 al sitio de " PARAJE000" en el término municipal de la citada localidad(en régimen de ganancial, tal y como acredita la escritura pública de compraventa en el año 2014) uno de ellos (en este caso, dice T. que fue su marido, B.) pueda llegar a actuar por su cuenta y no comparta la realización de una edificación que además de costar económicamente bastante dinero, no se hace en un día ,sino que lógicamente requiere de un periodo de tiempo amplio y prolongado (también requiere actividades normales de selección de materiales, azulejos, baldosas, etc.) y la otra persona, en cambio no se entere de nada, cuando además no queda tampoco acreditado que la Sra. T. fuera una persona que entonces pudiera padecer algún tipo de minusvalía psíquica de algún tipo o bien física (bien este parálitica o bien ciega) y que, tal vez y quizás de concurrir, permitiese o hiciese creíble su versión, pero no siendo así y ante esas razones expuestas no podemos más que concluir en que la edificación cuestionada sí fue un proyecto conjunto del matrimonio y su finalidad última era darle un uso residencial y no solo una caseta de aperos y disfrutarla en el campo por los dos”.

El siguiente FJ de esta SAP de Cáceres analiza el tipo penal oportuno de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo y su aplicación al concepto de “edificación”, su carácter autorizable o no, su ejecución en suelo

no urbanizables especialmente protegido, sin que concurriera error de prohibición alguno ni que se fuera más allá del principio penal de intervención mínima. Frente a una eventual legalización que evite su demolición, art. 319.3 del CP, la SAP añade: “el bien jurídico del delito que se declara probada su comisión, no es solo que no se pueda construir en aquellos lugares que no tengan una calificación específica, sino que esa calificación viene precedida de una serie de cuestiones administrativas , entre ellas que el terreno esté dotado de unos servicios comunitarios mínimos, entre otros los relativos a cuestiones sanitarias como dotación de agua ,red de saneamiento, alumbrado, recogida de basura etc., por lo que la mayor o menor proximidad al terreno que este declarado en el correspondiente plan de urbanismo como urbano o próxima a otras viviendas y ello no conlleva el que la construcción cuestionada afecta al bien jurídico protegido al tratarse de un bien supra individual y por lo que se refiere" a la posible legalización y que ello es un leve exceso de la construcción", ello es una mera alegación de la parte y no se acredita debidamente ni se aporta apoyo documental u oficial suficiente y además ,en su caso, cabría añadir que solo podría ser una mera expectativa de futuro y ciertamente improbable e imposible de que esa modificación se llevase a cabo , pues la edificación efectuada (...) no solo se encuentra en terreno no urbanizable sino además, es terreno protegido agropecuario forestal y no legalizable, porque tampoco cuenta la parcela con la superficie mínima de una hectárea y media y la edificación de referencia está destinada a un uso residencial, por lo que esa posible legalización y que él invoca no puede llegar a concurrir por ser imposible legalmente y por lo tanto, la orden de derribo debe ser ejecutada y ello a los efectos de impedir la persistencia del delito contra la ordenación del territorio y restaurarse así la ordenación del territorio y que ha sido lesionado por los recurrentes con su edificación ilegal promovida".

Valdecañas vuelve a la palestra. Como continuación de lo expuesto en el número anterior de esta crónica extremeña, el largo Auto del TSJ de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 21 de septiembre de 2020 nos llama poderosamente la atención porque adolece de numerosos defectos que es necesario comentar.

Las líneas generales de este Auto se basan en la imposibilidad de ejecutar en

sus propios términos y en su totalidad la sentencia que declaró la ilegalidad de esta urbanización sita a orillas del río Tajo, en el pantano de Valdecañas y en un área declarado ZEPA, modulándose sus efectos o lo que es lo mismo y el TSJ de Extremadura reconoce: una última labor de enjuiciamiento que se aparta del mandato constitucional de hacer ejecutar lo juzgado.

Con la lectura de este Auto se ve, no ya entre líneas sino a lo largo de todo el texto, dicho sea con tofos los respetos, una imagen clara de no abordar en sus estrictos términos la ejecución de la sentencia de nulidad de las normas urbanísticas que aprobaron este proyecto de interés general. En efecto, el principal error material en que incurre este Auto es que estima la construcción de uno de los dos hoteles y un tercio de las viviendas previstas como algo positivo, cuando, como es obvio, la obra no se pudo terminar, precisamente, por la declaración de nulidad de los instrumentos urbanísticos que le dio amparo en su día. No es un mérito el que se mantengan estas edificaciones, sino más bien todo lo contrario: nos enfrentamos al demérito de que no se aplicaron las medidas cautelares solicitadas en su día, ante las cuales se solicitó la cifra de 41 millones de euros para decretar la paralización cautelar de las obras¹. Si se hubiera decretado tal paralización en su día no habría que acudir hoy a ningún criterio económico extrajurídico sobre los costes de su eliminación y de indemnización. Por otra parte, se afirma que no hay daño ambiental amparándose en que la DIA está en vigor porque no se anuló (a pesar de lo cual el TS se manifestó sobre su nulidad) y que en ella se concluyó que el complejo no produciría daños relevantes. Sin embargo, se omite la crítica profunda que hizo al respecto el CSIC sobre el escaso valor y acierto de dicha DIA dada su muy mala calidad, obviando también que la DIA no es un acto que pueda declararse nulo de forma aislada, al tener el valor de un informe vinculante y acto de trámite, pero que en el mismo Auto se dice que es autónoma, cuando en realidad y como es sabido, es un procedimiento que se incardina en procedimiento sustantivo. También se ampara en que la DIA al ser de un órgano de la Administración tiene presunción de veracidad, olvidando

¹ Cuestión que no nos es ajena en Extremadura. Recordemos sin más el caso del Residencial Universidad, urbanización cacereña objeto del siguiente estudio junto con el instituto de las medidas cautelares en el Derecho Urbanístico: SORIANO GARCÍA, J. E., “Urbanismo y corrupción: medidas cautelares única solución”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 29, 2010.

que el informe del CSIC fue designado por el Tribunal y que emitió en su momento un informe de carácter científico que se decantaba por la demolición de lo construido, no obstante lo cual el Auto se interna en buscar soluciones intermedias que se partan de tanto el informe científico como de lo declarado nulo.

Por lo que respecta a la afección a la zona protegida del embalse de Valdecañas, se incurre en otro error, dado que expresamente se dice que solo afecta al 1'63% de la superficie protegido, cuestión que no tiene en cuenta el régimen jurídico de la Directiva de Hábitats (DH) y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la UE, donde rigen los valores de conservación de la misma y la "obligación de no deterioro" del art. 6.2 de la DH. Es decir, ha de someter este proyecto a estas evaluaciones, siendo indiferente que un citado proyecto pueda estar excluido de la normativa de procedimiento de evaluación ambiental (que no es el caso) o suponga la más mínima modificación o efecto en las especies y hábitats protegidos por la DH, como afirma la STJUE de 26 de mayo de 2011, C-538/09, Comisión/Bélgica, y eso a pesar de la diferente zonificación interior en la que tanto se extiende el Auto. Es más, la existencia de un mero riesgo de afección vulnera el principio de la no afección al estado de conservación favorable de los bienes jurídicos protegidos por la DH (STJUE de 24 de noviembre de 2011, C-404-09, Comisión/España, "Minas del Alto Sil"). Todo sin perjuicio de la obligación de cumplir el art. 6.3 de la DH, que excluye la cuestión socioeconómica a la que tan cara es este Auto, pues tan solo han de atenderse los ambientales, sin que tal en principio eximio porcentaje suponga que no existe afección, como ha afirmado el TJUE². Recordamos también que el propio Plan de Gestión de la ZEPA, fue elaborado después de construirse el complejo residencial, que lógicamente declara la zona como compatible con el proyecto. Nos encontramos así con una evidente incongruencia: si se mantiene que lo construido no supone daño alguno y por

² Nos remitimos *in totum* a esta obra, indispensable para conocer el régimen jurídico de la Red Natura 2000: GALLEGO BERNARD, M^a S., La Red Natura 2000 en España. Régimen jurídico y análisis jurisprudencial, SEO/Birdlife, Madrid, 2014. En su página 292 se dice: "En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó, en la STJUE de 11 abril 2013, C-258/11 Circunvalación de Galway [EDJ 2013/37152], que el proyecto de construcción de la carretera N6 de circunvalación de la ciudad de Galway (Irlanda) no podía autorizarse pese a que sólo afectaría a 1,47 hectáreas de las 25.250 hectáreas del LIC (un 0,006% de la superficie del espacio) al suponer la pérdida permanente e irreparable de parte de un tipo de hábitat natural cuya conservación justifica la clasificación del lugar de que se trata como LIC".

tanto hay que mantener la urbanización, por otro lado, se establece la obligación de adoptar medidas para minimizar el daño de la presencia humana (luces, ruidos, residuos, depuración de aguas residuales ...) lo que evidencia la existencia de un daño patente.

El Auto trata de hacer una ponderación de intereses en conflicto, entre los que no tienen el cuenta, lógicamente el daño ambiental, pues para el TSJ de Extremadura no existe, como si solo estuvieran en liza el interés de las asociaciones ambientales como entidades demandantes y su derecho a la ejecución de su sentencia al que se enfrenta el interés general de evitar daños sociales y el coste de la ejecución y la indemnización. Esto, dice el auto, afectaría a todos los extremeños³ que tendrían que pagar con sus impuestos su coste o con la privación de otros servicios esenciales, a pesar de que no se ha probado en el procedimiento ni se justifica fehacientemente en el Auto, motivo que tampoco se estableció a la hora de decidir este largo proceso y que ahora este sea el principal motivo para no ejecutar la sentencia.

En cuanto al coste de la ejecución considera válido el informe presentado por la Junta de unos 34 millones de euros, sin tomar en cuenta la crítica excelente de dicho informe llevado a cabo por el CSIC, en el que no se consideraban bien calculados ni justificados muchos costes, además de especificar que muchas instalaciones bajo tierra no habrían que retirarlas, pues sería cuestión de demoler solo lo construido sobre rasante, lo cual también disminuiría el coste. El otro coste que se considera es la indemnización a los propietarios, que se estima en conjunto unos 111 millones de euros. No toma en cuenta que este podría ser un coste a efectos meramente del aval que se ha de presentar para la ejecución, no el coste real que se pagará finalmente, para lo cual se requiere en primer lugar que estos terceros sean de buena fe, que no se da en los compradores porque compraron en escritura cuando ya había sentencia, algo que advirtieron algunos propietarios que inicialmente compraron en documento privado, los cuales fueron indemnizados por el seguro o garantía a la

³ Se olvidan los enormes pagos en que a veces incurre la Administración: valoraciones del suelo, autopistas de peaje en quiebra y otros incumplimientos de contratos públicos, justiprecios, arbitraje sobre inversiones en renovables, almacenes de gas paralizados, etc. Rechazamos de plano, por tanto, las alusiones a la pandemia y a la crisis económica que se hacen en el Auto, cuya eventualidad son del todo ajenas a este proceso.

construcción para compra sobre plano. El Auto acuerda indemnizar a los demandantes con 250.000 € a cada uno por la inejecución parcial, confundiendo lo que sería una indemnización por los gastos incurridos en tantos procedimientos y el daño moral anexo, los cuales toma en cuenta, con la indemnización por la ejecución sustitutoria o no ejecución. La indemnización por no ejecutar debería comprender, a mi entender, los daños al medio ambiente (siguiendo las pautas de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medio Ambiental) o sustitutoriamente la ganancia obtenida por los demandados por la no ejecución, que son precisamente esos 111 millones de indemnización que se ahorran los demandados ganados en juicio. De estos 250.000 €, la mitad serían de libre disposición, y la otra estaría condicionada a realizar proyectos de protección medioambiental, que deberán ser justificados en un plazo de 10 años. ¿Dónde queda pues la indemnización a los demandantes y al medio ambiente dañado?, ¿en estos 125.000€ para proyectos en 10 años, pues los otros 125.000 se supone que son daños y costes del proceso? Más preguntas nos surgen: también se justifica en que se ha tardado 13 años desde la interposición de la demanda hasta llegar a este momento, aunque reconoce que gran parte de la culpa es la congestión de trabajo del Tribunal y la tardanza del informe del CSIC, amén de la falta inexcusable de la adopción en su día las medidas cautelares: ¿por qué no se exige entonces responsabilidad patrimonial a la Administración por esta tardanza en vez de utilizarla como justificación para no ejecutar? En fin, muchas cuestiones que habrán de resolverse en una eventual casación y de la que informaremos debidamente. Como coda final solo nos quedar elevar, una vez, el lamento por la falta de adopción de las medidas cautelares en urbanismo y ordenación del territorio.

No hemos encontrado más jurisprudencia sobre cuestiones ambientales dignas de comentar.