

**JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN ASTURIAS
(PRIMER SEMESTRE 2019)**

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

Sumario: De nuevo sobre. 1. La gestión del lobo. 2. El impuesto sobre grandes establecimientos comerciales. 3. La protección del litoral. 4. Motivación y competencia.

1. LA GESTIÓN DEL LOBO

En la sección de derecho y las políticas ambientales en Asturias correspondiente al vol. VIII, núm. 2 (2017) de esta Revista se daba cuenta del Programa de Actuaciones de Control del Lobo para el ejercicio 2017-2018, que casi de manera inmediata generó una fuerte contestación social por parte de distintas asociaciones ecologistas. Como se anunciaba entonces, tal oposición acabó llegando ante los tribunales, con el planteamiento, por parte de la Asociación para la conservación y el estudio del lobo ibérico (ASCEL) de un recurso directo (el número 701/2017) contra el mismo Programa, mientras que por parte del Partido Animalista contra el Maltrato Animal se presentó un recurso (el número 779/2017) contra distintas resoluciones autorizando batidas de lobos en varios municipios “sin límites de cupo ni temporalidad”.

El segundo de estos recursos ha sido inadmitido por la STJA 779/2019, de 25 de febrero, porque el recurso no identificaba claramente cuáles eran las resoluciones a impugnar (las que autorizaban las batidas concretas). En la fundamentación jurídica de la sentencia se relata que la Consejería puso esa información a disposición de otras organizaciones que así lo requirieron invocando la Ley de acceso a la información medioambiental, pero la actora no lo solicitó porque conocía su contenido a través de sus representantes en el Comité Consultivo del Lobo. Tal error formal, e incomprensible a juicio de quien escribe, lleva a la inadmisión de plano del recurso. En la sentencia se argumenta también, a mayor abundamiento, que la acción no puede entenderse como un recurso indirecto contra el Programa, porque este es un acto administrativo que a su vez resulta desarrollo de una norma reglamentaria (el Decreto 23/2015, de 25 de mayo, por el que se aprueba el II Plan del Lobo en Asturias). El Reglamento ya fue enjuiciado por el Tribunal, en sentencia de 3 de abril de 2017 (comentada en esta sección, también en el vol. VIII, núm. 2). Tampoco cabe admitir un recurso directo contra el Programa, por extemporáneo, al haberse interpuesto el 4 de octubre de 2017, cuando el plazo para la impugnación terminaba el 9 de septiembre.

Distinta es por eso la suerte del otro recurso, interpuesto en plazo y directamente contra el Programa, por razones formales y de fondo. El recurso se admite, pero se desestima con condena en costas y argumentos de fondo similares a los que sirvieron para validar el II Plan del Lobo en las sentencias que se comentaron en la entrega ya citada de esta crónica en el año 2017.

En las cuestiones formales, la sala entiende (fundamento de derecho segundo) que la falta de publicación en el BOPA del anexo de la resolución no puede ser ni causa de nulidad ni de anulabilidad, primero porque la propia recurrente, por medio de su representante, fue convocada a la reunión del Comité del Plan de Gestión del Lobo en la que se trató sobre los asuntos relativos a la forma de llevar a cabo la gestión del lobo, y segundo porque resulta discutible que el Programa (...) pueda entenderse como una disposición general”, y por tanto su publicación se produce exclusivamente para conocimiento general de su aprobación.

Parece evidente que estamos ante un tema socialmente sensible, y no es descabellado que puedan existir nuevos episodios judiciales. Hay que tener en cuenta, además, que en el BOPA núm. 17, de 25 de enero, se publicó la prórroga de la vigencia del Programa Anual 2017-2018, por un período máximo de tres meses, en virtud de la Resolución de 16 de enero de 2019 de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente. La prórroga se acuerda porque se está realizando el censo de 2018, que es uno de los tres pilares fundamentales establecidos para la elaboración del nuevo programa, en el II Plan de Gestión del Lobo en Asturias, marco legal que fundamenta los propios Programas Anuales. Desde el Servicio de Caza y Pesca, la prórroga se informa como adecuada y conveniente en tanto se finaliza el proceso de elaboración del nuevo censo dado que desde la aprobación del Programa 2017-2018 hasta el 31 de diciembre de 2018, fecha inicial de su conclusión, el número de lobos abatidos fue de 30 ejemplares, incluidos aquellos muertos por distintas causas; un número inferior al máximo establecido en el mencionado Programa.

2. EL IMPUESTO SOBRE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

Distintos fallos sobre este impuesto ya fueron analizados en esta sección en las entregas correspondientes al vol. VII, núm. 1 (2016) y al vol. VIII, núm. 1 (2017).

El tema vuelve ahora a estas páginas porque en el período que cubre esta crónica han visto la luz hasta nueve sentencias del TSJA sobre el impuesto, todas reiterando los mismos argumentos empleados entonces, y que se han visto reforzados tras la Sentencia del Tribunal de Justicia (sala primera) de 26 de abril de 2018, asuntos acumulados C-234/16 y C-235/16 (ECLI:EU:C:2018:281).

Ciertamente, el impuesto autonómico sobre grandes establecimientos comerciales ha vivido desde su aprobación en una constante polémica que comenzó con las dudas sobre su constitucionalidad y siguió con una fuerte controversia sobre su validez a la luz del derecho de la Unión Europea y, más en concreto, en relación al importante derecho de libertad de establecimiento y el régimen de ayudas de estado¹. La Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), una asociación que agrupa a escala nacional grandes empresas de distribución, impugnó ante la justicia española y la Comisión la legalidad de los impuestos controvertidos. El Tribunal Supremo decidió plantear una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, todas resueltas en sentencias coincidentes de la misma fecha².

En la sentencia referente al caso asturiano³ se señala que “la normativa controvertida se basa en el criterio de la superficie de exposición y venta del establecimiento, que no supone ninguna discriminación directa” (par. 24) y que “la información aportada al Tribunal de Justicia no demuestra tampoco que este criterio perjudique en la mayor parte de los casos a los nacionales de otros Estados miembros o a las sociedades que tienen su domicilio social en otros Estados miembros” (par. 25). Igualmente se señala que la finalidad del impuesto

¹ López Pérez, F., “El impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales quince años después: las sombras de este tributo ambiental a la luz del derecho comunitario”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 58, 2016, págs. 5-37. Sobre la configuración concreta del impuesto asturiano puede verse el trabajo de Cordero González, E. M. y Sesma Sánchez, B., “El Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales del Principado de Asturias”, *Revista de información fiscal*, núm. 72, 2005, págs. 83-128.

² Respecto a Cataluña (asunto C-233/16, ECLI:EU:C:2018:280) y en relación con Aragón (asuntos C-236/16 y C-237/16, ECLI:EU:C:2018:291). Para un comentario conjunto de las sentencias puede verse el resumen “Los impuestos autonómicos que gravan en España los grandes establecimientos comerciales son compatibles con el Derecho de la Unión”, *La Ley Unión Europea*, núm. 59, 2018.

³ De la que se da cuenta en “El impuesto autonómico de Asturias que grava las grandes superficies comerciales es compatible con el Derecho de la UE”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2018.

controvertido es “contribuir a la protección del medioambiente y a la ordenación del territorio. Se trata de corregir y de compensar el impacto territorial y medioambiental de la actividad de estos grandes establecimientos comerciales, en especial debido a los flujos de circulación generados, haciendo que contribuyan a la financiación de planes de actuación medioambientales y a la mejora de las infraestructuras” (par. 45). “A este respecto, no puede negarse que el impacto medioambiental de los establecimientos comerciales depende en gran medida de sus dimensiones. En efecto, cuanto mayor sea su superficie de venta, mayor será la afluencia de público, lo que se traduce en mayores efectos negativos sobre el medioambiente. De ello se deriva que es coherente con los objetivos perseguidos un criterio basado en la superficie como el que utiliza la normativa nacional controvertida en los litigios principales para diferenciar entre las empresas según que su impacto medioambiental sea más o menos intenso” (par. 46).

Por otra parte, también se indica que “en cuanto a la determinación del nivel de ese umbral, entra dentro del margen de apreciación del legislador nacional y se basa en apreciaciones técnicas complejas sobre las que el Tribunal de Justicia solo puede aplicar un control jurisdiccional limitado” para concluir que el régimen concreto del impuesto asturiano en este punto no puede estimarse manifiestamente inadecuado en relación con los objetivos perseguidos (par. 48). Respecto a la exoneración de ciertos tipos de negocio aun superando el umbral, se indica que tampoco sería contrario al Derecho de Unión siempre que se justifique que tales establecimientos no tienen un impacto negativo sobre el medio ambiente y la ordenación del territorio tan intenso como los otros, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente (par. 54).

A la vista del fallo del Tribunal de Justicia, el Tribunal Supremo acabaría también validando el impuesto asturiano, en sentencia 1456/2018, de 2 de octubre, dictada en el recurso de casación 3586/2015, cuyos fundamentos se reproducen después en la STS 3563/2018, de 11 de octubre (recurso de casación 3463/2014). Se desestimó el recurso de casación con expresa condena en costas para ANGED hasta 8.000 euros.

Así las cosas, no es de extrañar que el TSJA haya también desestimado en cascada los últimos recursos referidos a este tema que ante él se han planteado

por distintos sujetos pasivos del impuesto ante liquidaciones concretas del mismo, en sentencia 909/2018, de 19 de noviembre (recurso 303/2018); 976/2018, de 30 de noviembre (recurso 306/2018); 1009/2018, de 12 de diciembre (recurso 340/2018); 1046/2018, de 17 de diciembre (recurso 341/2018); 8, 9 y 10/2019, todas de 15 de enero (recursos 342, 336 y 343, respectivamente, de 2018); 85/2019, de 11 de febrero (recurso 337/2018) o 110/2019, de 18 de febrero (recurso 311/2018).

3. LA PROTECCIÓN DEL LITORAL

En menos de diez días, el TSJA resolvió sobre la instalación de distintas estructuras afectando al dominio público marítimo-terrestre. En la entrega precedente de esta crónica se daba cuenta de la construcción de una cancha de pádel en zona de servidumbre de protección, y de cómo se había discutido si era una instalación cubierta o descubierta. En esta ocasión se trata de otro elemento también controvertido: las pérgolas.

La sentencia 68/2019, de 31 de enero, resuelve el recurso 715/2017 interpuesto contra una resolución sancionadora por la ejecución en dominio público marítimo terrestre de una estructura de madera no autorizada, con un “tejadillo de brezo”. La parte recurrente alegaba que existía una autorización tácita, porque existe una terraza de hostelería consentida por la Administración durante años, y considera de aplicación la doctrina de los actos propios. El tribunal entiende que es diferente la ocupación del dominio público terrestre mediante la instalación de una terraza con elementos muebles propios de la actividad de hostelería, mesas, sillas y parasoles, respecto de los cuales la Administración no ha realizado actuación alguna consistiendo la situación desde hace tiempo, a la construcción de una estructura de madera y cubierta vegetal como instalación complementaria y para la que no se contaba con la autorización preceptiva. La obra fue denunciada por los empleados de la Administración demandada cuando se estaba ejecutando, como pone de manifiesto el acta levantada al efecto en la que se hacen las mediciones correspondientes y se toman imágenes sobre sus características. Y,

con estos antecedentes no cabe invocar la existencia de actos propios para concluir o bien que contaba con autorización tácita [...] Doctrina de

vinculación de los actos propios que no resulta aplicable en esta clase de acciones al afectar al dominio público, cuyo régimen jurídico impone el estricto cumplimiento de la legalidad por lo que respecta al uso especialmente intenso y de rentabilidad para lo cual se exige una autorización que lo ampare⁴.

No se discute que la pérgola con cubierta vegetal tiene escasa entidad constructiva y alta sencillez técnica, estando además formada por elementos sostenibles sin carga medio ambiental y siendo desmontable. Pero esta clase de instalaciones no se pueden confundir con los elementos muebles colocados en la terraza.

Otra pérgola, esta vez en zona de servidumbre de protección, es el objeto de la sentencia 81/2019, de 11 de febrero. Se resuelve el recurso 121/2018, interpuesto contra la denegación de autorización para la instalación de un cenador desmontable. La parte recurrente había alegado a favor de su pretensión doctrina previa de la Sala recogiendo los aforismos relativos a que "está permitido lo que no está prohibido" y que debe preservarse el derecho a la tutela judicial frente a interpretaciones formales y excesivamente rigoristas de los textos legales. Sin embargo, el TSJA entiende que esos precedentes no pueden servir de comparación, porque eran relativos a toldos, no anclados, en servicios de temporada, y a una obra de terraza con solera de hormigón desmontable, respectivamente. Pero en el supuesto de autos, se trata de la instalación de una pérgola apoyada sobre tubos de acero atornillados en una solera de hormigón y cerámica que, aunque desmontable, no se tiene la obligación de retirar, y considera la pérgola como dependencia habitable accesoria y dependiente de la edificación principal, desestimando el recurso.

4. MOTIVACIÓN Y COMPETENCIA

El TSJA ha anulado la Ordenanza de Medio Ambiente Atmosférico del Ayuntamiento de Oviedo (BOPA núm. 183, de 8 de agosto de 2017) por la no existencia del informe o memoria económica que exige la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (sentencias 719/2018, de

⁴ Fundamento de Derecho segundo.

24 de septiembre, recurso 789/2017 y 835/2018, de 29 de octubre, recurso 764/2017). Los recurrentes esgrimían además interesantes argumentos de carácter competencial, y denunciaban oscuridad y arbitrariedad de la norma. Pero la Sala analiza únicamente el defecto formal, por si sólo determinante de la anulación de la Ordenanza con retroacción de las actuaciones al momento oportuno, y condena en costas a la Administración local (con el límite en ambos casos de 800 euros por todos los conceptos). El Tribunal entiende que la Ordenanza necesariamente conlleva un coste económico, pues contempla medidas que suponen gasto, y no constando la adopción de ninguna valoración económica al respecto, “por somera que fuera” (*sic*), estima el recurso sin necesidad de analizar otros motivos.

Por otro lado, en sentencia 899/2018, de 12 de noviembre, el TSJA valida la condición impuesta en un Proyecto de Ordenación de un monte privado de sustituir las masas de eucalipto nitens por eucalipto globulus. El recurso (885/2017) se fundaba en que la evaluación preliminar de impacto ambiental había sido favorable sin establecer tal condición, y que no había sido probado el supuesto mayor efecto negativo del nitens frente al globulus. La Administración esgrimía que el condicionante derivaba directamente de que el nitens no es una de las especies forestales que conforman el Modelo Forestal del Principado de Asturias. En el fallo, el TSJA rescata los argumentos y la fundamentación de la sentencia dictada por la misma Sala el 23 de enero de 2013 (recurso 1438/2010), que luego fue confirmada por el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de septiembre de 2014, al desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina que se había interpuesto contra ella.

Se señala así que, en el Principado de Asturias,

no se contempla la existencia, ni la autorización, de plantaciones de eucalyptus nitens. Así en el Tercer Inventario Forestal Nacional de Asturias, frente a las 47.875 has. y 14 áreas de la especie globulus, [...] tan solo se reconocen 6,07 has. que fueron autorizadas por la sentencia de la Sala de 9 de febrero de 2004, confirmada por la del Supremo de 29 de noviembre de 2006 [...] que venían a considerar que, al tratarse de variedades de una misma especie, su repoblación, modificando la variedad globulus por la nitens, no suponía una primera repoblación y no se acreditaba que la nueva

plantación pudiera producir grave transformación ecológica de forma negativa, conforme a la normativa [...] entonces vigente⁵.

Pero la Administración niega ahora la autorización de un tipo de plantación en función de lo dispuesto en la Ley del Principado de Asturias 3/2004, de 23 de noviembre, de Montes y Ordenación Forestal, y no cabe entender tampoco predicable al caso una vulneración del principio constitucional de igualdad en cuanto se permite este tipo de plantaciones en la mariña lucense, zona muy próxima al concejo asturiano de los autos, porque no se ofrece término válido de comparación, pues

aunque el ecosistema forestal sea similar, se trata de una zona ubicada en la Comunidad Autónoma de Galicia, pudiendo ser muy distintos en una y otra Comunidad Autónoma la normativa a aplicar en materia de fomento de forestación y el programa regional de medidas forestales en la agricultura para alcanzar la repoblación, mejora y ordenado aprovechamiento forestal de superficies agrarias y forestales en cada una de las autonomías regionales⁶.

La última de las sentencias que se va a comentar es la 904/2018, de 12 de noviembre, que estima el recurso 885/2017 presentado por la asociación de mariscadores de Asturias contra la Resolución de la Consejería de Desarrollo Rural y Recursos Naturales del Principado de Asturias de 14 de septiembre de 2017, por la que se regula la campaña de extracción del percebe y aprueba los planes de explotación.

Esta Resolución, al regular los planes de explotación, introducía un cambio respecto al acceso de quienes estaban en la lista de espera, lo que la asociación consideraba que suponía una vulneración de derechos adquiridos, que además se adopta sin motivación alguna, tan sólo apoyándose en el parecer de la Federación de Cofradías de Pescadores del Principado de Asturias. El Letrado del Servicio Jurídico del Principado reconocía en efecto que la Federación de

⁵ Fundamento de Derecho tercero del precedente de 2013, reproducido en el cuarto de la sentencia de 2018 aquí comentada.

⁶ Ídem.

Cofradías, que representa a todos los mariscadores del Principado, toda vez que todos ellos pertenecen a una Cofradía, solicitó una modificación de la Resolución anual reguladora de la campaña de extracción del percebe y de los planes de explotación. La Administración aceptó la propuesta de gestión de los planes de explotación planteada por el propio sector a través de la Federación de Cofradías, entendiendo que, desde el punto de vista estrictamente jurídico y técnico, no había obstáculo legal para plasmar en la Resolución ese modelo de gestión planteado por el sector. Se interesaba así la desestimación del recurso poniendo de manifiesto que los planes de explotación (el del percebe entre ellos) son gestionados con un amplio margen de autonomía por las propias Cofradías de Pescadores y que, a lo sumo, se estaría afectando a una mera expectativa de derecho de acceso, pero no a un derecho consolidado ni subjetivo.

El Tribunal valida que las cofradías puedan en efecto realizar propuestas de modificación, pero recuerda que la competencia le corresponde al Principado de Asturias, por atribución en exclusiva para la materia de pesca marítima en aguas interiores y marisqueo según su Estatuto de Autonomía. En cumplimiento de tal previsión regula cada campaña de pesca, configurando un sistema estable respecto a un recurso natural limitado que no afecta en lo sustancial a los derechos profesionales y económicos interesados.

El cambio controvertido supone desconocer los derechos de los mariscadores que hayan solicitado participar en campañas anteriores, y que no hubieran obtenido plaza, y que formaban parte de las listas de espera de los planes de explotación del percebe desde el año 2011 tomando como referencia las fechas de las solicitudes. La Administración entiende que no se trata de un verdadero derecho adquirido, valoración que para la Sala podría compartirse en términos abstractos, pero que

no cabe en términos concretos derivados de los actos anteriores de la Administración que reconocían el interés de éstos y se desconocen en la presente regulación sin otra explicación que la potestad de la Administración para cambiarlo⁷.

⁷ Fundamento de Derecho sexto.

Y, considerando que se está vulnerando el principio constitucional de igualdad, se estima el recurso y se condena en costas a la Administración, con un importe limitado a la cantidad de 5000 euros.