

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN ASTURIAS**(PRIMER SEMESTRE 2017)**

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

*Profesora contratada doctora**Universidad de Oviedo*

Sumario: 1. De nuevo sobre el impacto ambiental de los grandes establecimientos comerciales. 2. Acotamiento al pastoreo de terrenos incendiados.

1. DE NUEVO SOBRE EL IMPACTO AMBIENTAL DE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

El Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias tuvo la ocasión, en octubre de 2016¹, de volver a pronunciarse sobre el controvertido impuesto sobre grandes establecimientos comerciales (IGEC), que se configura en Asturias como un tributo extrafiscal de carácter finalista que grava el funcionamiento de grandes establecimientos comerciales por razón del impacto que ocasionan sobre la ordenación del territorio, el medio ambiente y la trama del comercio urbano de la Comunidad Autónoma. Es el mismo tributo que fue ya objeto de análisis en la entrega de esta sección correspondiente al primer semestre de 2016.

En este caso, el recurrente sostenía que la liquidación del impuesto por parte de los servicios tributarios del Principado era nula por infracción de los principios de libre establecimiento y de libre circulación de capitales; por vulneración del ordenamiento comunitario al amparo de lo previsto en el artículo 107.1 del TFUE, al constituir una ayuda de Estado prohibida; y por haberse practicado partiendo de un reglamento nulo que excedía los límites propios de la potestad reglamentaria.

¹ Sentencia 781/2016, de 31 de diciembre, recurso 361/2016.

Respecto a los dos primeros argumentos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal asturiano hace suyos los razonamientos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de enero, 27 de septiembre y 9 de diciembre de 2013 para sostener que el impuesto, que grava el beneficio impropio del que gozan los grandes establecimientos comerciales por la existencia de costes no internalizados generados por su incidencia en el medio ambiente y el urbanismo, no puede verse afectado por la Directiva Bolkestein. En efecto, tanto la Directiva como las normas de transposición de esta al ordenamiento español excluyen de su ámbito de aplicación la fiscalidad. Se recuerda, además, que el hecho de que un impuesto afecte a la actividad económica no significa *per se* que la afectación sea inadecuada, y se recuerda que el Tribunal Constitucional² validó en su momento la configuración legal del impuesto asturiano por entender que resultaba legítima la finalidad de desplazar, sobre los establecimientos implantados como grandes superficies, las incidencias negativas que generan sobre el medio ambiente³. En concreto, se pretendería evitar el impacto negativo derivado de la existencia de estos grandes establecimientos comerciales por medio de la obligación misma del pago del impuesto, así como a través de la afectación de los ingresos que genere, entre otros fines, a la introducción de mejoras en el medio ambiente.

Se indica asimismo que, como el impuesto pretende minimizar el impacto medioambiental que estos establecimientos generan, estaríamos ante un supuesto de interés general que justificaría la restricción de la libertad de establecimiento. Finalmente, se descarta que pueda existir una ayuda de Estado, pues se considera que no hay una protección excesiva de determinados medios de distribución en perjuicio de los grandes establecimientos al estar justificada objetivamente dicha diferenciación, ya que lo gravado es la realización de un tipo específico de actividad comercial individual y de venta de productos al por menor o al detalle mediante grandes superficies de venta, y no la mera titularidad o el uso de los inmuebles en los que se desarrolla dicha forma de comercio.

² STC 53/2014, de 10 de abril.

³ Consecuencia del número de vehículos que se desplazan y la contaminación que producen.

La Sala también confirma la legalidad del Reglamento, que solo procede a concretar lo previsto en la Ley:

[...] siendo esta precisamente la posición de toda disposición reglamentaria siempre y cuando, como en el presente caso sucede, dicha concreción o delimitación del precepto legal no haga otra cosa que reclamar su contenido y fijar los presupuestos y circunstancias de su aplicación, en atención al fin de disminución de los efectos distorsionadores externos, que es lo que constituye la intención del legislador al establecer la norma de cobertura⁴.

Dicho en otros términos, el Reglamento realiza una adecuada colaboración con la Ley en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad. No se observa extralimitación sobre el hecho imponible ni sobre el sujeto pasivo, ni tampoco efecto retroactivo, pues nos encontramos ante un tributo periódico y la norma puede incidir en esos casos sobre efectos jurídicos ya producidos, pero no agotados.

2. ACOTAMIENTO AL PASTOREO DE TERRENOS INCENDIADOS

La sección correspondiente a la crónica sobre derecho y políticas ambientales en Asturias de este mismo número de la revista da cuenta de la aprobación de la Ley 2/2017, de 24 de marzo, de segunda modificación de la Ley del Principado de Asturias 3/2004, de 23 de noviembre, de Montes y Ordenación Forestal, que excluye el acotamiento temporal al pastoreo de los montes incendiados como medida obligatoria en todo caso para la regeneración de la cubierta vegetal quemada.

La norma también aclara que, en los casos en que se acuerde un acotamiento temporal, el plazo de este se computará desde el momento en que se declare extinguido el incendio forestal, con independencia de la tramitación del correspondiente expediente administrativo. Y es que, durante los debates parlamentarios que condujeron a la aprobación de la Ley, varias veces se hizo referencia a la inseguridad e injusticia que provocaba el hecho de que el sistema de acotamientos se hubiera venido aplicando de manera no uniforme,

⁴ Fundamento de derecho sexto.

existiendo resoluciones que señalaban el plazo desde la fecha de producción del incendio y otras desde la fecha de publicación de la resolución de acotamiento. Precisamente con ello tiene que ver la Sentencia 45/2017, de 30 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictada en el recurso 892/2015.

Con tal recurso se impugnaba una resolución de 13 de agosto de 2015 de la Consejería de Desarrollo Rural y Recursos Naturales que acotaba al pastoreo un monte incendiado. La parte recurrente pretendía la nulidad de la resolución por caducidad del expediente y arbitrariedad en la determinación del plazo de duración del acotamiento; subsidiariamente, en el caso de no considerar la nulidad íntegra de esta, se solicitaba que se condenase al acotamiento al pastoreo computando el plazo desde la fecha del incendio.

En el debate sobre la caducidad se intercambiaron opiniones diversas respecto a si el plazo para resolver debía computarse desde la fecha en que las brigadas de investigación de incendios forestales del Principado habían tenido conocimiento del incendio (30 de octubre de 2014) o desde que esta información había llegado a la consejería competente en materia forestal (13 de marzo de 2015; por tanto, ya con el incendio más que extinguido). En el debate el Tribunal evita pronunciarse, inclinándose por justificar la dilación de cinco meses en atención a que el servicio de prevención de incendios del Principado de Asturias, que es quien canaliza los datos e informes de investigación de causas de incendios forestales, no está adscrito a la consejería que dicta el acto recurrido, y argumentando lo siguiente:

[...] teniendo en cuenta los antecedentes reseñados respecto al conocimiento del hecho y la naturaleza y finalidad del procedimiento incoado de oficio para proteger los montes, favoreciendo y salvaguardando la fauna y flora, así como la restauración de la cubierta vegetal, del suelo y de los recursos hídricos, no se aprecia la caducidad procedimental alegada, ya que su efecto extintivo resultaría contrario al interés público, así como a los principios de economía y seguridad jurídica el inicio de un nuevo expediente⁵.

⁵ Fundamento de derecho segundo.

La parte recurrente sostenía también que la decisión era ilegal y arbitraria por fijar un plazo de acotamiento superior al legalmente establecido y que no se correspondía con la materia quemada al no diferenciar la vegetación del arbolado, cuando la solución idónea hubiera sido decretar un plazo de acotamiento distinto en virtud de la superficie y la vegetación afectadas, en lugar de considerar todo como arbolado y establecer un plazo amplio y restrictivo. También se pretendía que el acto era nulo por falta de motivación, aspecto que se desmiente de plano por parte de la Sala, que se atiene sin más a criterios formales y no entra en cuestiones materiales⁶.

Frente a estos argumentos, la Administración alegaba que la escasa extensión de la superficie acotada explicaba por sí sola la no zonificación en áreas de diferente duración del acotamiento, de manera que el plazo establecido al efecto no podía juzgarse desproporcionado.

Acudiendo al derecho positivo, la Sala recuerda que no hay ilegalidad directa del plazo de acotamiento establecido en la resolución recurrida al tener cobertura legal en la norma aplicable (la Ley del Principado de Asturias 3/2004, de 23 de noviembre, de Montes y Ordenación Forestal), que disponía en aquel entonces de un plazo mínimo para la limitación del pastoreo en los montes incendiados (hoy suprimida con carácter general), pero no un máximo; este será el necesario para la recuperación de las especies afectadas o para su restitución a la situación anterior al incendio. Así las cosas, habrá que centrarse, pues, en las especies afectadas y en los criterios técnicos fijados sobre el tiempo normal de recuperación de estas.

Con relación a la arbitrariedad de la decisión, el debate se centraba en determinar si resultaba aceptable que la Administración hubiera tipificado toda la zona como superficie forestal pese a que casi la mitad de la zona incendiada correspondía a superficie desarbolada. La Administración justificaba su decisión por la aplicación de un criterio técnico de proporcionalidad que tenía en cuenta la fracción de cabida de cubierta, aspecto que no valida el Tribunal. Este, tras recordar que la cuestión es de orden jurídico-material, contrasta los datos obtenidos de la propia Administración en la prueba del interrogatorio

⁶ Fundamento de derecho tercero.

propuesta por la parte recurrente con los que esa misma parte había aportado procedentes del Sistema de Información Geográfica de las Parcelas Agrícolas (SIGPAC) y con los obrantes en el informe del guarda mayor de montes que había comprobado la superficie afectada, y concluye lo siguiente:

[...] se pueden diferenciar sobre el terreno las zonas quemadas a efectos del desglose de las medidas encaminadas a facilitar su regeneración en función de los usos, y que por ello no se puede aplicar el criterio técnico de proporcionalidad utilizado por la Administración y para lo cual tiene en cuenta la Fracción de Cabida Cubierta según sea inferior al 5% de matorral, superior al citado porcentaje e inferior al 20% de matorral regenerado y superior al 21% de arbolado, puesto que el citado presupuesto se basa en la confusión e imposible delimitación de usos protegiendo especialmente aquellos que superen los citados porcentajes, solución técnica que no se cuestiona ni ha sido desvirtuada, pero si su aplicación por la contradicción e incoherencia señalada por la parte recurrente, para lo que se vale de la documental e interrogatorio de la Administración que pone manifiesto que no se tuvo en cuenta para el acotamiento la total superficie quemada y que la zona no forestal era superior a ésta⁷.

De esta manera, se estima el recurso interpuesto y no se entra en la cuestión de determinar el momento desde el cual debería, en su caso, entenderse operativo el plazo de acotamiento. Este aspecto, como ya se ha dicho, ha quedado por el momento aclarado con la Ley 2/2017.

Algo que resulta llamativo y que ayuda a entender la polémica que rodea todas estas cuestiones sobre el acotamiento temporal al pastoreo para la regeneración de los terrenos incendiados en Asturias es que, durante la presentación de los hechos, el Tribunal recalcó que, según el informe del servicio de extinción de incendios:

[...] probablemente se prendió fuego a estas cuatro superficies [tojo, zarza, pino y frondosa] para evitar el asentamiento definitivo de matorral y

⁷ Fundamento de derecho cuarto.

arbolado y volverlas al pasto al haber infraestructuras ganaderas en el entorno y abundantes indicios de pasto de ganado⁸.

Fundada o no la hipótesis, resulta un ejemplo claro de la suspicacia y criminalización del sector ganadero que fuera uno de los detonantes para el planteamiento de la proposición que acabaría culminando en la Ley 2/2017⁹. Parece evidente que, en relación con este tema, existen posturas enfrentadas y de difícil conciliación; el hecho de que tras la aprobación de la nueva normativa, en el mes de marzo, se produjeran más de doscientos focos de incendios en territorio asturiano, que afectaron especialmente a la zona del suroccidente, es algo que no ha ayudado a calmar los ánimos, por mucho que los fuegos coincidiesen también con una Semana Santa especialmente seca y calurosa en nuestras latitudes. Y es que, según información que manejan las plataformas ecologistas, existirían datos del Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA) de la Guardia Civil que indicarían que más del 90% de los incendios que habían investigado durante la oleada de marzo estaban presuntamente relacionados con la regeneración de pastos y la quema de rastrojos. Asimismo, según los informes de la Fiscalía de Medio Ambiente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y los datos de las Brigadas de Investigación de Incendios Forestales del Principado de Asturias (BRIPAS), casi el 75% de los fuegos en la región están relacionados, de una u otra manera, con esta misma problemática¹⁰.

⁸ Fundamento de derecho cuarto.

⁹ Al respecto, puede consultarse la crónica de derecho y políticas ambientales en Asturias de este mismo número de la revista.

¹⁰ <https://acotamientos.wordpress.com/2017/04/17/nota-de-prensa-incendios-forestales-asturias-arde-para-pastos/>