



Roj: **STSJ PV 3087/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:3087**

Id Cendoj: **48020330012017100392**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2017**

Nº de Recurso: **636/2017**

Nº de Resolución: **361/2017**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 636/2017

SENTENCIA NUMERO 361/2017

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Dña. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 23 de marzo de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN en el recurso contencioso-administrativo número 280/2016, en el que se impugna la sentencia dictada el 23-03-2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Donostia en el procedimiento(280/2016) para la protección de derechos fundamentales que desestimó el recurso interpuesto por Gurasos Elkartea contra el Acuerdo de 28-07- 2016 del Consejo de Gobierno de Gipuzkoa que desestimó la petición que la recurrente presentó l 5-07-2016, dirigido al Departamento de Gobernanza y Comunicación con la Sociedad de la Diputación Foral para abrir un proceso de deliberación participativa relacionado con la decisión de construir una planta de incineración de residuos en Zubieta (Donostia).

Son parte:

- **APELANTE** : GURASOS ELKARTEA, representado por D. GERMAN APALATEGUI CARASA y dirigido por el letrado D. JOSEBA ANDONI BELAUSTEGI CUESTA.

- **APELADO** : DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA-DEPARTAMENTO DE GOBERNANZA Y COMUNICACION CON LA SOCIEDAD, representado por Dña. BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA y dirigido por el letrado D. JUAN RAMÓN CIPRIAN ANSOALDE.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por GURASOS ELKARTEA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 21/9/2017, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El recurso de apelación se ha interpuesto contra la sentencia dictada el 23-03-2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Donostia en el procedimiento (280/2016) para la protección de derechos fundamentales que desestimó el recurso interpuesto por Gurasos Elkartea contra el Acuerdo de 28-07-2016 del Consejo de Gobierno de Gipuzkoa que desestimó la petición que la recurrente presentó el 5-07-2016, dirigido al Departamento de Gobernanza y Comunicación con la Sociedad de la Diputación Foral para abrir un proceso de deliberación participativa relacionado con la decisión de construir una planta de incineración de residuos en Zubieta (Donostia).

En el escrito de interposición del mencionado recurso contencioso se señaló como objeto del mismo el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos como derecho de participación política directa reconocido por el artículo 23.1 de la Constitución española .

Según expuso el recurrente en ese escrito "¿ Las resoluciones recurridas no lo han entendido así y han desestimado el instrumento participativo impulsado por la recurrente con la legitimación activa que le ofrecía la NF 1/2010, violando al entender de la recurrente su derecho fundamental de participación que le reconocen los artículos 9 y 105 C .E. t el art. 23 C.E ., los tratados internacionales ratificados por el Reino de España, como el Convenio de Aarhus, el Derecho Comunitario y la legislación ordinaria y sectorial, como el art. 10 de la Ley 22/2011 de 28 de julio de residuos y suelos contaminados en relación con la Ley 27/2006 de 18 de Octubre de julio por la que se regula el derecho de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y la propia Norma Foral de Participación Ciudadana " .

Señalado, así, el derecho fundamental cuya tutela se pretendía, conforme a lo exigido por el artículo 115-2 de la Ley Jurisdiccional , no cabe completar esa alegación con la invocación de otro u otros derechos fundamentales en el escrito de demanda, sino la argumentación favorable a la tutela postulada en el trámite de interposición en los términos concisos y de fundamentación sustancial señalados por el antedicho precepto.

Además, no es que la recurrente haya alegado la vulneración en demanda de los derechos a la integridad física y a la vida, consecuencia de ese acuerdo, sino la vulneración del derecho de los recurrentes a participar directamente en la gestión de la política pública de residuos como vehículo protector de los derechos proclamados por el artículo 15 de la Constitución española .

Y no son los valores o bienes protegidos indirectamente por el derecho fundamental invocado oportunamente en el proceso, aun sean del mismo rango que este último, los que pueden ser protegidos en el procedimiento especial del artículo 114 y siguientes de la Ley Jurisdiccional , sino las libertades o derechos a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución que hayan sido vulneradas por el acto recurrido y cuyo restablecimiento o preservación se pretenda a través de aquella acción de tutela.

El presente recurso, ni por su objeto, fundamentación o pretensiones alcanza a otro derecho que el invocado con amparo en el artículo 23.1 del texto constitucional.

SEGUNDO. - La sentencia apelada considera que el derecho fundamental de participación medio-ambiental invocado por la recurrente no puede incardinarse en el derecho de participación política del artículo 23.1 de la Constitución sino que es una manifestación del derecho de participación en el ámbito de la actuación administrativa y se articula a a través de entidades de base asociativa, nacido de la ley y configurado por ella y, por lo tanto, sin implicar el ejercicio de la soberanía popular o participación del ciudadano en la decisión de los asuntos políticos, garantizada por el artículo 23.1 de la Constitución .

Asimismo, según la sentencia apelada el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, invocado por la recurrente con amparo en el artículo 23.1 de



la C.E., corresponde tan solo a los ciudadanos aun pueda ser promovido por los partidos políticos o grupos parlamentarios; y en la modalidad de participación directa debe ejercerse a través de las consultas populares previstas en la propia Constitución.

Esas conclusiones de la sentencia recurrida sobre el alcance subjetivo y objeto del derecho fundamental defendido por el recurrente se sustenta en las sentencias del Tribunal Constitucional transcritas en sus fundamentos.

TERCERO. - El recurso de apelación se ha fundado en los motivos siguientes:

1.- La infracción del artículo 33.1 de la LJCA : incongruencia de la sentencia con los derechos fundamental invocados en demanda con amparo en el artículo 23.1 en relación al artículo 15 de la CE ; la doctrina del TEDH en relación con los derechos a la vida privada, integridad física y calidad ambiental (Arts. 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos); la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

2.- La infracción de los artículos 10.2, 53.2 y 96 de la CE : inaplicación del CEDH y la doctrina del TEDH sobre los derechos ambientales de carácter instrumental o participativa, y a su protección judicial en relación al artículo 2.1 de la Ley 27/2006 de 18 de julio y el Convenio de Aarhus de 1998 .

3.- La infracción de los artículos 10.2 , 53.2 y 96 de la CE : inaplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la U.E. (artículos 3 y 35, 7 , 11 , 12 , 21.1 y 37) en en relación a su artículo 51.

4.- El derecho a la postulación colectiva del derecho de participación del artículo 23.1 de la Constitución . La vulneración de la doctrina del Tribunal Constitucional.

5.- El derecho de la asociación recurrente a instar la apertura de procesos de participación colectiva para la protección del medio ambiente conforme al artículo 13 de la N.F. 1/2010.

6.- La infracción del artículo 23.1 de la CE : formas directas de participación ciudadana que complementen las instituciones de la democracia representativa, conforme a la N.F. 1/2010 de 8 de julio.

7.- La interpretación favorable del derecho de participación, conforme al ordenamiento comunitaria y la doctrina del TEDH y de la EEDH.

CUARTO. - La Diputación Foral de Gipuzkoa se ha opuesto a la estimación del recurso de apelación por los siguientes motivos:

1.- La congruencia de la sentencia con el derecho fundamental del artículo 23.1 invocado en la demanda. Inaplicación del CEDH en materia de participación en asuntos públicos; ídem, la Carta de derechos fundamentales de la U.E. respecto al derecho de participación política en términos equivalentes al artículo 23.1 de la CE .

2.- La titularidad ¿ no legitimación procesal- del derecho de participación invocado por la recurrente: de los ciudadanos y no de las asociaciones o entidades colectivas.

3.- El derecho de participación en asuntos públicos (medio ambiente) alegado por la recurrente no es susceptible de amparo constitucional ex artículo 23.1 de la CE en relación al artículo 114.2 y 121-2 de la LJCA .

QUINTO. - La sentencia recurrida se ha pronunciado sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de cuya tutela se trata, y sobre su titularidad, en términos "doctrinales" que no se compadecen con el alcance y efectos de aquel derecho (sobre los derechos a la integridad física, a la vida y otros) alegados por la recurrente al amparo de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la doctrina creada, respectivamente, en su aplicación por el TEDH y por el TJUE.

Además, el carácter instrumental de los derechos invocados en materia ambiental con arreglo al Derecho interno y de la Unión Europea frente a un acuerdo que desestima su reconocimiento y la pretensión de su restablecimiento mediante el ejercicio de la participación solicitada en el procedimiento o procedimientos de gestión, aprobación y/o ejecución de la infraestructura no puede afectar, por su objeto y fines, a otro derecho que el de participación en esos procedimientos administrativos.

Así, la sentencia de instancia no ha vulnerado el artículo 33.1 en relación al artículo 67.1 de la Ley Jurisdiccional aun no hubiere resuelto de forma expresa todas las cuestiones planteadas por la recurrente.

Lógicamente la delimitación del alcance del derecho de participación política reconocido por el artículo 23.1 de la Constitución española en los términos que se ha hecho en los fundamentos de la sentencia implica la desestimación del recurso, sus motivos y nudo argumental, fundados en la vinculación del derecho de participación postulada al contenido constitucional de aquel derecho.



SEXTO. - La apelante defiende, más bien presupone, la integración del derecho de participación en materia ambiental (Directivas 2003/4/CE; 2003/35/CE; Convenio de Aarhus; Ley 27/2006; Norma Foral 1/2010) en el derecho de participación "política" del artículo 23.1 de la Constitución española) lo que desmiente la clara, concluyente y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional reseñada en la sentencia apelada, y así pretende determinar el alcance de ese precepto constitucional con arreglo a disposiciones de la CEDH y del Derecho de la U.E. no decimos ya del Derecho interno, que no conciernen al derecho cuya tutela se ha demandado en el proceso.

La interpretación de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales con arreglo a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, ordenada por el artículo 10.2 de la Constitución , requiere la identidad o equivalencia entre sus respectivos contenidos.

La apelante hace una especie de "totum revolutum" entre el derecho fundamental proclamado por el artículo 23.1 de la Constitución y otros derechos, señaladamente los de participación en materia medioambiental, sin diferenciar sus fuentes, contenidos o rangos ,como si todos ellos pudieran asociarse a los propios de aquel derecho y sirviesen de canon o paradigma para su interpretación.

No es evidentemente así, a no ser que confundamos el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes (Art. 23.1 de la CE) con el derecho de audiencia o participación de los interesados en los procedimientos de aprobación de los actos administrativos (Art. 105.3 de la CE) configurado en leyes como las de participación en materia ambiental citadas por la apelante.

La doctrina del Tribunal Constitucional transcrita en la sentencia recurrida ha diferenciado claramente ambos campos de participación, el político del administrativo, vinculando el primero al ejercicio de soberanía mediante convocatoria del cuerpo electoral.

Y ese misma diferenciación entre la participación política ex artículo 23.1 de la CE y participación administrativa se ha proyectado en las sentencias del mismo Tribunal que reseñaremos más adelante a propósito de las modalidades de participación ciudadana, refrendarias o no refrendarias, en paralelo con la distinta naturaleza de los entes o entidades en que se organiza territorialmente el Estado.

Así, en el ámbito de la Administración Local (ídem, las Diputaciones Forales cuando actúan como entidades de régimen común) no tiene carácter de participación política incardinable en el artículo 23.1 de la CE la participación de los vecinos directa (consulta popular del artículo 71 de la LBRL) o indirectamente en los asuntos públicos.

En efecto, las entidades locales no constituyen un poder político como el que ejercer el Estado y las Comunidades Autónomas a través de sus órganos ejecutivo y legislativo, aun sean de esa naturaleza los instrumentos de elección de los miembros de aquellas Corporaciones (democracia representativa).

La función de las entidades locales es administrativa (SSTCO 119/1995 de 17 de julio ; 12/2008 de 29 de enero ; 103/2008 de 11 de septiembre ; 31/2010 de 28 de junio y de 25-2- 2015 en el recurso interpuesto contra la Ley 10/2014 de 26 de septiembre del Parlamento de Cataluña sobre consultas populares) y, por lo tanto, todas sus actuaciones están sujetas al Derecho Administrativo.

Así, aun se tratase de la participación directa de los vecinos del territorio afectado por la gestión de residuos y proyecto de instalación de la incineradora, y no a través de asociaciones o entidades, no podría vincularse su consulta al derecho de participación del artículo 23.1 de la C.E .

"El referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE . **No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación «que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo»** (STC 119/1995, de 17 de julio , FJ 3). Es, por tanto, una forma de democracia directa y no una mera manifestación «del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente», que lo ha formalizado como «un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos» (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (así, por ejemplo, arts. 27.5 y 7 , 105 y 125 CE). Las formas de participación no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE son «formas de participación que difieren [de aquéllas] no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad ¿ art. 9.3 CE ¿ y del derecho de igualdad ¿ art. 14 CE).



No puede aceptarse, sin embargo, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no sólo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que *tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 CE se trata de las modalidades ¿ representativa y directa¿ de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general» (STC 119/1995, de 17 de julio , FJ 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan **voluntades particulares o colectivas, pero no generales**, esto es, no imputables al cuerpo electoral...."*

SEPTIMO .- No es que la recurrente no esté legitimada para el ejercicio de la acción en este procedimiento como titular de un derecho o interés legítimo afectado por el acto recurrido (legitimación ad procesum ex artículo 19.1 a/ de la LJCA) sino que ha instado la tutela de un derecho que no corresponde a la entidad recurrente sino, en su caso, a las personas físicas (legitimación ad causam o sustantiva) .

Y es que, al margen del contenido del derecho a participar en el procedimiento de debate o deliberación sobre la gestión de la infraestructura y su irrelevancia en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales (artículos 53-2 de la CE y 114 de la LJCA) la recurrente ha postulado el mencionado derecho de participación para si y no para los miembros (personas físicas) de la asociación.

En cambio, si corresponde a las asociaciones el ejercicio del derecho de participación en materia ambiental que ha sido configurado por las normas de Derecho interno e internacional citadas por esa parte, sin entronque con el derecho del artículo 23.1 de la CE .

OCTAVO .- Y, en conclusión, no se han producido las vulneraciones de Derecho Constitucional o de preceptos del Derecho interno y de la Unión Europea con la misma relevancia, alegadas por la apelante, y tampoco puede hacerse una interpretación del derecho fundamental invocado en el proceso , so pretexto del principio " pro libertatis", sin desvirtuar más que sustancialmente el contenido constitucionalmente protegido de ese derecho, determinado por el Tribunal competente, y sin contravenir el mandato del artículo 7-2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

NOVENO .- Hay que imponer a la apelante las costas de esta instancia, de conformidad con el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo presentado por GURASOS ELKARTEA contra la sentencia dictada el 23 de marzo de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de DONOSTIA/SAN SEBASTIAN en el recurso contencioso-administrativo número 280/2016 , en el que se impugna la sentencia dictada el 23-03-2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Donostia en el procedimiento (280/2016) para la protección de derechos fundamentales que desestimó el recurso interpuesto por Gurasos Elkartea contra el Acuerdo de 28-07-2016 del Consejo de Gobierno de Gipuzkoa que desestimó la petición que la recurrente presentó l 5-07-2016, dirigido al Departamento de Gobernanza y Comunicación con la Sociedad de la Diputación Foral para abrir un proceso de deliberación participativa relacionado con la decisión de construir una planta de incineración de residuos en Zubieta (Donostia), confirmando la sentencia apelada; e imponemos las costas de esta instancia a la apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0636 17, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 25 de septiembre de 2017.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ