



Roj: STSJ CV 8173/2011  
Id Cendoj: 46250330012011102142  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Valencia  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1/2009  
Nº de Resolución: 2437/2011  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: CARLOS ALTARRIBA CANO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Recurso Nº.- 1/2009**

**SENTENCIA Nº 2437**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA  
SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN PRIMERA**

**Ilmo. Sres.:**

**Presidente**

Mariano Ferrando Marzal

**Magistrados**

D. Carlos Altarriba Cano

D. Edilberto José Narbón Lainez

D<sup>a</sup> Desamparados Iruela Jiménez

\*\*\*\*\*

En Valencia, a 2 de noviembre del año 2011.

**VISTO** por el Tribunal el Recurso Contencioso-Administrativo promovido por D<sup>a</sup> ALICIA SUAU CASADO en nombre y representación de la entidad mercantil "La industrial constructora SL", contra el Consell de la Generalitat Valenciana. Ha comparecido en estos autos la administración demandada, representada por Letrado de su Servicio Jurídico; por medio de la Procuradora D<sup>a</sup> Pascual Pons Font el Ayuntamiento de Alcira.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los tramites prevenidos por la Ley, se emplazo a los demandante para que formalizara las demandas, lo que verificaron mediante sendos escrito en el que se suplicaba se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** La representación de las partes demandadas, contestaron la demanda mediante escrito en el que se suplicaba se dicte sentencia por la que se confirme las resoluciones recurridas.

**TERCERO.-** Habiéndose recibido el proceso a prueba, se emplazo a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el artículo 78 de la ley de esta jurisdicción y, verificado, quedaron los Autos pendientes para votación y fallo.

**CUARTO.-** Se señaló votación y fallo para la audiencia del día de hoy, teniendo así lugar.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

Ha sido ponente de estos Autos el Ilmo. MAGISTRADO DON **Carlos Altarriba Cano** .

**VISTOS** los preceptos legales citados por las partes, concordantes y, demás de general aplicación, se hacen los siguientes.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra un Acuerdo adoptado por el Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto 92/2008, de 27 de junio, dictado por el mismo órgano por el que se declara contaminado el suelo correspondiente al emplazamiento donde se haya situada la ES "Petrocu", en la Avenida Luis Suñer nº 5 de Alcira.

De acuerdo con lo dispuesto en el artº 65 de la Ley de Residuos de la Comunidad Valenciana se determina que:

a). Que el sujeto obligado a realizar las operaciones de limpieza y recuperación es la entidad actora, con CIF B-46159786, como titular de la actividad y por tanto, causante de la contaminación.

b).- Se delimita el suelo contaminado como el correspondiente a la parcela mencionada, referencia catastral 1267601 YJ 3116 N 0001 MQ, así como la zona fuera del perímetro de la estación que pudiera presentar afección por migración de hidrocarburos.

c).- Se establece un Plan de actuación con los objetivos que determina el Decreto, y un consecuente Plan de Trabajo.

El Plan de actuación exige: 1º.- Limpiar las bocas de carga de los tanques. 2º.- Eliminación del hidrocarburo en fase libre sobrenadante detectado en el agua subterránea de la estación. 3º.- Reducir las concentraciones de compuestos de hidrocarburos disueltos en el agua. 4º.- Eliminar la presencia de compuesto orgánicos volátiles en el subsuelo de la estación 5º.- Reducir la presencia de hidrocarburos adheridos a la zona no saturada del subsuelo.

**SEGUNDO.-** Para una correcta determinación de los diversos temas sometidos a debate procede hacer las siguientes precisiones fácticas:

a).- A resultas de ciertas quejas vecinales y tras la observación por empresa homologada de poros por los que se filtraba al subsuelo carburante, la corporación local, dicta una serie de **decretos entre abril y noviembre de 2002** , en los que entre otras cosas, acuerda la suspensión cautelar de la actividad

b).- Contra esta medida se interpuso el correspondiente recurso contencioso que terminó con **sentencia firme de la Sala** , (3 de junio de 2005 ), en la que se acordaba la ilegalidad del acuerdo de suspensión cautelar, por no estar vinculada la medida a procedimiento alguno; aunque confirmaba el resto de los extremos de aquellos decretos impugnados, referidos a la orden de vaciado; la comunicación de los hechos a la dirección General de Calidad Ambiental, para la instrucción del correspondiente expediente; la configuración de un plan de seguimiento; La ordenación de la instrucción de un expediente de legalidad urbanística; etc. (Nos remitimos a la sentencia que obra en las actuaciones)

a).- Con fecha 25 de octubre de 2005, la Conselleria de Territorio y Vivienda y el Ayuntamiento de Alzira firman un **convenio de colaboración** para el control y seguimiento de los trabajos de limpieza y recuperación del suelo contaminado en la estación de servicio "Petrocu", sita en Avda. Luis Suñer nº 5, de Alzira, (Valencia), cuyo titular es "LA INDUSTRIAL CONSTRUCTORA SL.

b).- El convenio venía determinado por la existencia de diversas denuncias de las comunidades de vecinos próximas a la estación, que determinaron la realización de una investigación y la redacción de un **informe por la empresa "Tupkal Cataluña SL" y Tecoman** , quienes practicaron tres perforaciones, donde se instalaron piezómetros para la toma de muestras, que constataron la afección de hidrocarburos procedentes de fugas de los depósitos de combustible en la citada estación a los suelos y aguas subterráneas.

c).- Para dar cumplimiento al objeto del Convenio suscrito, en el mes de abril de 2006, la empresa "**URS España, S.L**" , contratada por la Conselleria de Territorio y Vivienda, llevó a cabo *trabajos de investigación medioambiental* en la estación de servicio "Petrocu" de la Avenida Luis Suñer nº 5 de Alzira, haciendo tres nuevas perforaciones e instalando tres nuevos piezómetros.

Como resultado de las analíticas realizadas se detectaron:

1).- Hidrocarburo en fase libre en el piezómetro S4 (22 cm. De espesor aparente).

2).- Concentraciones de compuesto orgánicos volátiles, alguno de ellos, los más elevados con valores de explosividad.

3).- En todas las muestras d suelo, excepto en un piezómetro el S9, concentraciones de TPH por encima de 50 mg/Kg. El hidrocarburo detectado correspondía a una mezcla de gasolinas y degradados.

4).- Afección significativa en topas las muestras de agua, superándose el nivel de intervención holandés.

5).- Se recomendaba analizar un análisis de riesgos ambientales.

d).- En base a ello, el 2 de mayo de 2006, se comunicó al titular de la actividad la obligatoriedad de presentar en el término de 30 días, una **valoración de riesgos ambientales** que, permitan definir los niveles de riesgo aceptables para los usos actuales en la citada instalación.

e).- En **Marzo de 2007, el actor presentó una valoración de riesgos ambientales elaborada por la empresa Geodisa**, que tras considerar las concentraciones existentes en los diversos escenarios concluye:

1).- No se han registrado riesgo para los trabajadores de la estación. (Inhalación de vapores y partículas en el exterior y espacios cerrados)

2).- No se han registrado riesgo para los habitantes de las viviendas anexas. (Inhalación de vapores y partículas en el exterior)

3).- No se han registrado riesgos para los usuarios de las aguas superficiales del río jucar (contacto y consumo).

f).- En abril de 2007, la Consellería a la vista de las hipótesis de trabajo, conclusiones y valoración de riesgos presentada, la consellería encarga un análisis contradictorio que fue realizado por la empresa URL España SL, concluyendo que:

"De acuerdo con las hipótesis de partida, la conclusión de este análisis cuantitativo de riesgos es la existencia de un riesgo ambiental inadmisibles para los trabajadores que desarrollan su actividad en la estación de servicio y los residentes de las viviendas del entorno debido a la inhalación de vapores exteriores"

g).- Con fecha 6 de julio de 2007 se adopta por la Dirección General de Calidad Ambiental acuerdo de **inicio del procedimiento de declaración de suelo contaminado** referido a la antedicha parcela en que se encuentra ubicada la estación de servicio "Petrocu" (Avda. Luis Suñer, no 5 de Alzira, Valencia).

h).- En relación al expresado acuerdo se presentan **alegaciones** por el Ayuntamiento de Alzira (31 de julio de 2007), "LA INDUSTRIAL CONSTRUCTORA, S.L." (31 de julio de 2007) y "Asociación de Vecinos L'Alborxí" (1 de agosto de 2007). Mediante escrito de 14 de septiembre de 2007 se da contestación a las alegaciones formuladas por "LA INDUSTRIAL CONSTRUCTORA, S.L.", requiriendo nuevamente a esta entidad para la presentación, con carácter previo al inicio de las labores de limpieza y recuperación del suelo y del agua subterránea, así como de extracción del hidrocarburo sobrenadante, de proyecto de remediación medioambiental, y precisando que "los trabajos de saneamiento de la estación de servicio no sólo han de consistir en la extracción del hidrocarburo en fase libre, sino también en la descontaminación del suelo y del agua subterránea".

i).- El 20 de septiembre de 2007 se presenta por "LA INDUSTRIAL CONSTRUCTORA, S.L." **proyecto para la retirada de hidrocarburo** en fase libre que es considerado insuficiente por la Dirección General ara el Cambio Climático dado que el proyecto presentado únicamente versa sobre la recuperación de hidrocarburo en fase libre y debe presentar proyecto técnico en que se incluyan, además, los trabajos de descontaminación del suelo y del agua subterránea, indicándose así a la citada mercantil (como ya se había hecho en fechas 31 de julio de 2007 y 14 de septiembre de 2007) en escrito de 26 de septiembre de 2007 y requiriéndole, una vez más, para que presente el preceptivo Proyecto de remediación medioambiental.

j).- Con fecha 23 de octubre de 2007 se reciben **alegaciones** presentadas por "LA INDUSTRIAL CONSTRUCTORA, S.L.", a las que se adjunta nota técnica de GEOCISA referente al análisis cuantitativo de riesgos realizado por URS España, presentado al respecto ésta última, en noviembre de 2007, una addenda en contestación a los aspectos técnicos referidos por GEOCISA. En fecha 11 de diciembre de 2007, la Dirección General para el Cambio Climático contesta a las alegaciones formuladas por "LA INDUSTRIAL CONSTRUCTORA, S.L."

k).- En fecha 27 de febrero de 2008, previamente a la redacción de la propuesta de resolución, se concede **audiencia a los interesados** a fin de que puedan, dentro del plazo legalmente establecido, alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Así lo hizo el actor mediante escrito de 10 de abril de 2008, poniendo de manifiesto existencia de vicios o defectos en la tramitación del procedimiento y la falta de acreditación de la pretendida inexistencia de riesgo para las personas o el medio ambiente derivado de la contaminación del suelo.

l).- Con fecha 27 de junio de 2008 se aprueba, a propuesta del conseller de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda y previa deliberación del Consell, el **Decreto 92/2008, de 27 de junio por el cual se declara contaminado el suelo correspondiente al emplazamiento donde se halla situada la estación de servicio**. Dicho Decreto fue publicado en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana de fecha 1 de julio de 2008 (DOCV número 5796).

m).- En virtud del **Decreto 92/2008**, se desestima el recurso de reposición planteado y en sus fundamentos 8 y 9 se dice, (los textualizamos porque a ellos se refiere la administración en su contestación y resumen su posición):

**Octavo.** Como segundo fundamento en el cual se basa el recurso, la parte recurrente alega la nulidad de pleno derecho del procedimiento y del Decreto recurrido por vulneración del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero.

*Considera la parte recurrente que no existen causas objetivas para declarar el suelo contaminado, lo que se concluye de la valoración de riesgos por ellos presentada, y en consecuencia, estima que se ha declarado el suelo contaminado sin que existan informes técnicos que así lo avalen, vulnerado el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, lo que comporta la nulidad de pleno derecho del procedimiento instruido y del Decreto 92/2008, de 27 de junio.*

*La valoración de riesgos ambientales encargada por la propiedad a la empresa GEOCISA, realizada con los datos extraídos, en todo o en parte, de los trabajos realizados por URS España en abril de 2006, concluyó con la inexistencia de riesgos inadmisibles.*

*Analizadas por los técnicos de la Administración las conclusiones y los datos e hipótesis de trabajo que se utilizaron por GEOCISA para obtenerlas se le comunicó a la ahora recurrente que se iba a encargar la realización de un análisis contradictorio.*

*Dicho análisis fue realizado por la empresa "URS España, SL" concluyéndose de los resultados de modo categórico que sí que existe un riesgo ambiental inadmisibles para los trabajadores que desarrollan su actividad en la estación de servicio y los residentes de las viviendas del entorno debido a la inhalación de vapores en interiores.*

*A pesar de que la valoración de riesgos ambientales realizada por GEOCISA se realizó con los datos extraídos, en todo o en parte, como ya se ha indicado anteriormente, de los trabajos realizados por URS España en abril de 2006, mantiene el recurrente a la vista del estudio de riesgos emitido por la empresa por ellos contratada para la realización de la valoración que no existe riesgo y que la conclusión contraria (existencia de riesgos inadmisibles) a la cual llega URS España se debe a lo erróneo de los escenarios y tiempos de exposición considerados.*

*En este sentido GEOCISA realizó una serie de consideraciones técnicas a la valoración de riesgos realizada por URS España, a las cuales ésta respondió en el siguiente sentido;*

*- En cuanto a los tiempos de exposición, frente a lo alegado por GEOCISA, URS ha considerado que, según la "Supplemental Guidance for developing soil screening levels for superfund sites" publicado por la EPA, en diciembre de 2002, la derivación de los índices de riesgo para escenarios comerciales/industriales, tienen en cuenta una duración de la exposición de 25 años, y una frecuencia de exposición de 250 días/año (230 días/año en el caso de la Comunidad de Madrid), Estos datos de exposición están destinados a la protección de los individuos (trabajadores) más sensibles, e incluyen la exposición durante la jornada laboral, por lo que no es necesario efectuar un ajuste de la frecuencia de exposición,*

*No obstante, en el caso de un uso residencial, la Guía de la Comunidad de Madrid (guía de referencia a nivel nacional que tiene en cuenta el tiempo de exposición para distintos tipos de poblaciones) contempla un tiempo de estancia en espacios interiores de 17 horas diarias frente a las 24 horas de la EPA, por lo que sí procede efectuar dicho ajuste en la frecuencia de exposición.*

*- En cuanto a las dimensiones y características del sótano, por URS se ha considerado la planta del edificio y no la superficie del sótano. Por otra parte, tanto la superficie del edificio como el perímetro son parámetros poco sensibles en este análisis de riesgos y si se varían (introduciendo los valores propuestos por GEOCISA) los resultados en el cálculo del índice de riesgo no varía.*

En cuanto al espesor de la solera de hormigón, URS no dispone de esos datos constructivos y ha considerado un valor estándar y de uso general de 15 cm., que por otra parte es el mismo que GEOCISA consideró al realizar el ACR en marzo de 2007.

- Finalmente, en relación al Escenario 2 Residentes, GE()CISA mantiene que "el garaje se localiza aguas arriba de la E.S ( ) Por ello, y sobre la base de que de forma general un ACR debe plantearse abarcando las situaciones más reales posibles, se estima que no procede evaluar los posibles riesgos existentes en el emplazamiento El ACR ha partido de la base de que se ubica sobre el foco, es decir, que se encuentra afectado por las concentraciones de contaminantes registradas en el piezómetro 5-9 instalado en la propia E,S...,

mientras que se localiza a más de 10 m II

En el texto del ACR realizado por URS ya se comenta que el-escenario 2 es conservador / conociendo que el garaje se encuentra aguas arriba de la estación de servicio, pero, dados los antecedentes del emplazamiento (quejas por 10\$ vecinos por olores), URS consideró la posibilidad de la existencia de algún tipo de vía preferencial (conducciones de alcantarillado, etc. ) desde la E.S. hacia las viviendas..

Tras revisar nuevamente el ACR, URS España S.L considera que los parámetros señalados por la empresa GEOCISA son poco sensibles en este análisis de riesgos, dado que, introduciendo los valores propuestos por GEOCISA en el software, los resultados en el cálculo del índice de riesgo no varían. Se reitera en la idoneidad del ACR realizado con fecha abril de 2007, considerando, pues, que el índice de riesgo obtenido se considera inadmisibles, de acuerdo con los criterios del R.D. 9/2005, para los receptores considerados y la vía de exposición de inhalación de vapores en interiores (edificio de oficinas de E.S. y viviendas del entorno).

Por otra parte, la presencia de hidrocarburo en fase libre se considera no admisible desde el punto de vista de riesgos, ya que supone una fuente secundaria activa de contaminación en disolución, de comportamiento incontrolado durante un tiempo indeterminado.

**Noveno.** Analizadas por los técnicos de la Conselleria las consideraciones técnicas realizadas tanto por GEOCISA como por URS España, la Administración asumió los criterios y metodología establecidos por la segunda por estimarlos rigurosos y técnicamente correctos y, en consecuencia, propuso al Consell la declaración de suelo contaminado conforme a lo establecido en el artículo 65 de la Ley 1012000, de 12 de diciembre, de residuos de la Comunitat Valenciana.

Así pues, la declaración del suelo como contaminado se ha producido en base a informes y dictámenes técnicos que corroboran la contaminación existente en el suelo, dándose los presupuestos establecidos Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, para tal declaración, por lo que en modo alguno adolecen ni el procedimiento ni el "Decreto recurrido de causa de nulidad por vulneración del referido Real Decreto 9/2005, de 14 de enero.

#### **TERCERO.- El actor contempla como motivos de nulidad los siguientes:**

**a).- Nulidad por vulneración del artº 4º en relación con el anexo tercero del RD 9/2005 , así como el artº 62 de la Ley 10/2000 de residuos de la Generalitat.**

En este sentido pone de manifiesto que la declaración de suelo contaminado procede cuando se determinen riesgos inaceptables para la salud humana y en su caso los ecosistemas. Entiende que esa situación no se da y recoge las observaciones del informe emitido a su instancia por Geodisa Obviamente esta materia, tal como se ha enfocado quedará sujeta al resultado de la prueba obrante en los autos.

**b).- Desviación de poder , afirmando al efecto que:**

" Todo ello produce seria indefensión al administrado, pues aun cuando ha presentado un informe emitido por una entidad independiente y de reconocido prestigio que afirma la inexistencia de riesgo alguno para la salud de los ecosistemas y la salud de las personas, la actuación de la Dirección general ha llevado a la declaración de contaminación por parte del Consell contraria a la legislación vigente "

Fácilmente se observa que, la desviación de poder se reconduce al tema de la existencia de riesgos inaceptables para la salud humana, con lo que este tema se confunde con el anterior, ya que, si existen riesgos el decreto del Consell es correcto; y si no los hay, el Decreto es inconsistente, no por desviación, sino por falta de cobertura en el conjunto de normas antes citadas.

Además la declaración del Consell, no se produce en el vacío de cualquier actividad probatoria, (así o constatamos en el resumen fáctico que hemos hecho), sino que muy al contrario, existen elementos significativos en el expediente, e informes técnicos de entidades independientes que dicen lo contrario.

Luego el acto administrativo, desde la perspectiva de la motivación está fundado y su finalidad, es la protección de la salud como así expresamente se dice desde el Principio de las actuaciones, no existen actuaciones espúneas o finalidades inadmisibles, ni el fraude procedimental que insinúa el recurrente.

c).- Nulidad de los acuerdos recurridos por haberse prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido con vulneración del artº 62.1 de la Ley 30/92 .

En este sentido vuelve la actora a plantear la contradicción que existe entre los informes obrantes en autos, lo que nos reconduce al tema de la prueba que constituye motivo único de fondo de este recurso. Por otra parte, no nos encontramos ante actos dictados al margen de cualquier procedimiento, o con omisión de trámites esenciales, lo que no ocurre en el supuesto de autos, según el apéndice fáctico que arriba hemos puesto de manifiesto.

Cuestión distinta, es si la administración puede legítimamente denegar pruebas propuestas. La respuesta es la afirmativa, porque la administración entendía que obraban en el expediente suficientes datos e informes para decidir la cuestión. Además la decisión de no practicar un informe dirimente se desestimó mediante razonamiento expuesto en un informe de fecha 27 de mayo de 2008, (RS de fecha 4 de junio de 2008).

**CUARTO.-** Es sabido que la Ley 10/1998 y el Real Decreto 9/2005 configuran el régimen Jurídico básico de los suelos contaminados. La aprobación del Real Decreto da cumplimiento a lo previsto en la Ley 10/1998, de Residuos, y en el mismo se desarrollan los arts. 27 y 28 de dicha Ley , teniendo en ese sentido el objetivo básico de establecer una relación de actividades susceptibles de causar contaminación en el suelo y adoptar criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados y su saneamiento. Su texto fue remitido, con anterioridad, a las Comunidades Autónomas y al Consejo Asesor de Medio Ambiente para su preceptivo informe.

Desde el punto de vista sustantivo, el Real Decreto se estructura en tres partes: las actividades económicas susceptibles de contaminar el suelo; el régimen de Información en materia de suelos contaminados, y las pautas para la investigación, declaración y restauración de los suelos contaminados.

La Ley 10/1998 (ex arts. 3 y 27 ) y el Real Decreto (ex art. 2) establecen los contornos del concepto de suelo contaminado, vinculado a tres aspectos: la presencia de componentes químicos peligrosos de origen antrópico; la existencia de un riesgo inaceptable para la salud humana o el medio ambiente, y la resolución expresa administrativa que así lo haya declarado.

El Real Decreto fija una serie de actividades que como consecuencia del proceso productivo que desarrollan y/o del volumen de materias primas consumidas o almacenadas o la caracterización y volumen de residuos generados, tiene presumiblemente mayor potencial de contaminar los suelos sobre los que se asientan. Estas actividades están sometidas con carácter obligatorio al cumplimiento de un régimen de información en materia de suelos contaminados a través de los llamados "informes preliminares de situación" e "informes complementarios", que pueden justificar la necesidad de llevar a término una investigación de la situación de los suelos para, ulteriormente y en función del riesgo que conlleve para el medio ambiente y la salud de las personas, ser declarados como suelos contaminados por el Órgano competente de la Comunidad autónoma, en el marco de un expediente administrativo contradictorio. El régimen general básico en esta materia queda, pues, sometido a siguiente iter y, principios básicos.

1. Todo el sistema de restauración de suelos se arbitra o gira en torno a la previa declaración de un suelo como contaminado ( art. 27 de la Ley 10/1998 y arts. 4 y 7 del RD 9/2005 ). Sólo sobre esta base, se hace posible la aplicación de todo el nuevo bloque normativo.

2. Esta declaración debe ser expresa, en el marco de un expediente administrativo contradictorio y sometido a la revisión de los órganos judiciales.

3. La declaración del suelo como contaminado corresponde únicamente a la Administración pública competente, en este caso, al órgano competente de las Comunidades Autónomas ( art. 27.1 Ley 10/1998 y art. 4 RD 9/2005 ).

4. La declaración debe hacerse de acuerdo con un informe de evaluación de riesgos que determine si el riesgo es aceptable o inaceptable para el medio ambiente y/o la salud humana, según las circunstancias de cada caso concreto ( art. 4 y Anexo 3 del RD 9/2005 ). Consecuentemente, los estándares y niveles genéricos de referencia del RD (concentración de contaminantes en el suelo) no son valores de intervención. En otras

palabras, su superación no conlleva necesariamente la obligación de restaurar o sanear el emplazamiento sino de llevar a cabo un estudio de evaluación de riesgos.

5. La declaración de un suelo como contaminado obliga a los responsables causantes de la contaminación y subsidiariamente a los poseedores y propietarios frente al órgano competente de la Comunidad Autónoma y no frente a terceros ( art. 27.2 de la Ley 10/1998 ). Sólo este órgano podrá requerir a los responsables para que procedan a realizar las operaciones de limpieza y recuperación ( art. 27.2 segundo párrafo Ley 10/1998 ) en los términos y plazos fijados en ésta ( art. 7.1 del RD 9/2005 ); en otras palabras, la obligación de recuperación nace frente a la Comunidad Autónoma, que es la única que tiene la acción de la Ley 10/1998.

6. La descontaminación se llevará a cabo en función de usos actuales y planificados aplicando las mejores técnicas disponibles y priorizando, en la medida de lo posible, las técnicas de tratamiento in situ que eviten la generación, traslado y eliminación de residuos ( art. 7 del RD 9/2005 ).

Algunas Comunidades Autónomas que han promulgado sus propias normas sobre suelos contaminados, han tenido muy presente esta cuestión y han contemplado como causas de exclusión de la responsabilidad los supuestos de contaminación de suelos producidos con arreglo a autorizaciones o permisos acordes con la ley o el estado de la ciencia en el momento de producirse la contaminación. En el mismo sentido, el Considerando 20 de la Directiva 2004/35 CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños al medio ambiente, señala como posible causa que elimina la antijuridicidad de la contaminación, los actos explícitamente autorizados o en los que no se puede haber conocido el daño potencial de dichas emisiones cuando éstas tuvieron lugar. Esta polémica tampoco ha pasado inadvertida para el legislador estatal. En este sentido, y con motivo de la promulgación del RD 9/2005 se ha atemperado el severo régimen fijado inicialmente en el Título V de la Ley 10/1998. Así y, en concreto, en sede de evaluación de riesgos y de declaración y restauración de suelos contaminados, se otorga una gran discrecionalidad al Órgano competente de la Comunidad autónoma, quien, de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo VIII.8 del Real Decreto, deberá atender a las circunstancias de cada caso concreto acomodando, el análisis de riesgos y la restauración al objeto de protección de cada supuesto y a los usos actuales y planificados del suelo.

El riesgo (para el medio ambiente y la salud de las personas) se configura en el Real Decreto como un elemento clave que orienta e informa el conjunto de actividades de saneamiento o descontaminación y que también, por qué no, puede permitir ajustar la restauración de los emplazamientos a las circunstancias temporales, contemporáneas o históricas, de cada caso concreto. Así, el Real Decreto, en su art. 7, contempla cuatro criterios que deben presidir la tarea restauradora y que serán de gran utilidad en los supuestos de contaminación histórica:

1) El saneamiento del emplazamiento debe estar orientado a reducir o disminuir los niveles de contaminación de manera que la nueva situación refleje niveles de riesgo admisibles en estrecha conexión con los usos actuales y planificado del suelo. En otras palabras y desde una perspectiva muy realista, se admite en la definición inicial de los objetivos de la remediación la posibilidad de cierto nivel de contaminación remanente, siempre que la misma no conlleve un riesgo inaceptable para los elementos de protección.

2) Debe optarse por técnicas de tratamiento in situ que eviten el traslado y depósito de los residuos para evitar, en definitiva, recurrir a la excavación, extracción y envío de suelos contaminados a depósitos o vertederos, ya que condiciona la planificación territorial y puede saturar o colapsar las instalaciones de gestión de residuos en forma de vertederos o monodepositos.

3) Se admite explícitamente la posibilidad de soluciones técnicas tendentes a reducir la exposición a la contaminación mediante el confinamiento en el mismo emplazamiento de los suelos contaminados y la interposición de barreras físicas u otras medidas de contención.

4) La descontaminación deberá acometerse en los términos y plazos que dicte el Órgano competente de la Comunidad Autónoma.

En definitiva, la descontaminación de los suelos, más allá de prescripciones técnicas específicas, se concibe como un conjunto de medidas flexibles acordadas por la Administración pública que tienen como ratio o fin último eliminar el riesgo detectado o reducirlo a niveles tolerables.

En evitación de escenarios litigiosos por supuestos de responsabilidad patrimonial por actividades contaminantes legalmente autorizadas en el pasado y si el caso concreto lo aconseja, se podrá optar para los supuestos de afecciones históricas y aplicando estos criterios, por ajustar los objetivos de la restauración

al uso actual o planificado del suelo, justificando técnicamente la adopción de medidas menos gravosas económicamente, con o sin ayudas públicas, vía contención o confinamiento de los suelos afectados.

En el marco de este decreto la ley valenciana de residuos, 10/2000, en su artº 65, establece el procedimiento para la declaración de un suelo contaminado, sus requisitos formales y sus exigencias procedimentales que, en lo substancial, como antes hemos visto se han cumplido en el supuesto que contemplamos.

Así pues, nos encontramos con una declaración de suelo contaminado, que produce riesgos no aceptables desde la perspectiva de la salud humana.

**QUINTO.-** En relación con la prueba practicada en autos debemos hacer las siguientes precisiones;

**I.- En el acto de la vista compareció D<sup>a</sup> Virginia , que ratificó el informe emitido el 9 de mayo de 2009, por la entidad GOCISA , materializado a instancia de la actora y acompañado con la demanda, en el que se determinan las siguientes conclusiones:**

*De la actualización de datos realizada para evaluar la situación medioambiental en la ES Petrocú bajo un punto de vista del riesgo, se desprenden las siguientes conclusiones:*

*Se han estudiado los posibles riesgos que los contaminantes detectados en los suelos y en las aguas subterráneas en el año 2.006 podrían generar sobre la salud humana en la situación actual. Para ello, se han englobado los datos de partida utilizados en las evaluaciones de riesgos efectuadas hasta la fecha por distintas empresas, manteniéndose el criterio de contemplar unas hipótesis de partida ajustadas a la realidad, pero restrictivas.*

*Se ha considerado que el sótano de la instalación (ámbito de exposición crítico en los estudios realizados), alberga potenciales receptores durante una jornada laboral de 8 horas/días, aún cuando la exposición real es inferior al ser utilizado exclusivamente como almacén.*

*La nueva valoración de riesgos ha arrojado riesgo aceptable sobre la salud humana por efectos tóxicos y cancerígenos, tanto por sustancias individuales como por efectos acumulados, por todas las vías de exposición consideradas: inhalación de vapores y/o partículas en el exterior y en el interior.*

*Las mediciones de vapores -COV- realizados in situ por distintas empresas desde el año 2.002, tanto en el interior del sótano de la estación de servicio como en los garajes y en las viviendas del entorno, han arrojado en todo momento valores nulos, concluyéndose en el último control efectuado en marzo de 2.008 que no hay riesgo higiénico para los trabajadores.*

*Esta situación sustenta el resultado de la última modelización corroborando la existencia de un riesgo aceptable.*

A preguntas de la **actora** , en el acto de la vista manifiesto que:

- a).- Los diversos informes contradictorios que obran en los autos, utilizan el mismo programa informático
- b).- Todos ellos ratifican la inexistencia de riesgos medioambientales.
- c).- Los riesgos para la salud humana se concentran en el bajo de la estación de servicio y en el garaje
- d).- La razón de la discrepancia entre los diversos informes está no en los datos dependientes de los trabajos de campo, ni en los datos por defecto que adopta el programa (Formulas), sino en la determinación del riesgo en función del tiempo de exposición a los factores contaminantes.
- e).- En este sentido, el uso del sótano está destinado a almacén y el informe en el que se basa la administración, determina un uso anual de ese almacén de 230 días/año, que dice no ser razonable, pues es un cálculo excesivo de exposición.
- f).- Por otra parte, en el uso del garaje, se determina un tiempo de exposición de 17 horas día, lo que afirma no ser razonable.

A preguntas de la **administración autonómica** , puso de manifiesto que:

- a).- El sótano hipotéticamente admite otros usos.
- b).- Reconoce implícitamente que, La extracción de hidrocarburos en fase libre, se hizo sin tener un programa aprobado por la administración. Lo que tiene escasa relación con los temas que aquí se tratan.

c).- Hace afirmaciones relacionadas con el funcionamiento del programa que no desvirtúan ni confirman ninguna de las tesis.

A preguntas del **Ayuntamiento** , pone de manifiesto que:

a).- Reconoce que los datos de marzo de 2008, se incorporaron al informe que acompaña la demanda de 2009, del que se deduce que, las mediciones se realizaron en tres días.

b).- Preguntada sobre la fiabilidad de las mediciones y el porcentaje de error que puedan tener las mismas, al extrapolarlas a una anualidad, afirma su fiabilidad.

c).- La retirada previa de hidrocarburo libre mejora la situación de los subsuelos. No se contesta sobre la mejora del hidrocarburo disipado en la atmósfera.

d).- Han asumido que el subsuelo tenía 50 mg./Kg. de hidrocarburos, lo que no quiere decir que ese suelo merezca la calificación de suelo contaminado.

e).- Dice que esa situación aunque frecuente no debería ocurrir.

f).- Reconoce que existe comunicación entre el sótano y la tienda y que la tienda como mínimo se utiliza ocho horas diarias.

#### **Evaluación crítica de esta prueba .**

a).- Según se pone de manifiesto en las diversas preguntas que se formulan a instancias de la actora, la gran diferencia entre los diversos informes, está en función del **tiempo de exposición** , afirmándose que los cálculos del informe que utiliza la administración son incorrectos.

En este sentido, se afirma que el factor tiempo en la utilización del sótano de 230 días/año, es inconsistente, pues nadie va a estar afectado durante ese tiempo en un elemento auxiliar como es un almacén.

Lo cierto es que, ese almacén está comunicado con la tienda, situada en la parte superior. Precisamente esa comunicación, nos permite hablar de una unidad espacial, de forma tal que la disipación de gases es perfectamente posible, y consiguientemente están afectados todos los que entran al local-tienda, tanto empleados de la gasolinera, como público en general. De esta manera, el factor tiempo considerado para calcular la exposición a los contaminantes, por GEDISA en su informe es incorrecto.

b).- Estas mismas consideraciones debieran extenderse al garaje, de manera que la exposición temporal al contaminante, o factor tiempo, tomada en consideración por los informes en los que se apoya la administración debería calificarse de correcta. Piénsese que el fenómeno contaminante afectaría a todos aquellos que utilizan el garaje, con lo que el cómputo de tiempo no parece excesivo, ya que debería multiplicarse el número de coches por el de personas de cada uno de ellos que acceden al garaje.

c).- Ello no obstante, este aspecto es intrascendente porque la pericial judicial pone de manifiesto que, el garaje que se contempla, está aguas arriba de la estación de servicio.

d).- Por otra parte devalúa e este informe el hecho de que, la toma de datos, se realice durante tres días y después se extrapole a la globalidad de la anualidad, de manera que el perito reconoce que no puede calcular el margen de error imputable a esta extrapolación. Tampoco explica porque es fiable la extrapolación.

e).- Reconoce que el suelo tiene una notable cantidad de hidrocarburos, tantos cuantos puso de manifiesto el informe en el que se apoyó la administración, y en concreto 50 mg/Kg, que constituye un dato no controvertido, asumido por la propia entidad GEODISA, autora del informe.

Por estas circunstancias nos parece que esta prueba no es determinante, ni consistente, y consiguientemente no desvirtúa los hechos del acto que se recurre.

#### **II.- Pericial judicial emitida por *Cristina López Sanz* , que en lo que a nosotros importa configuró un informe en base a las preguntas de la actora, del siguiente tenor:**

A.2.- En cuanto al garaje de las fincas colindantes; distancia de los mismos a la gasolinera; existencia o inexistencia de vías de exposición directa e indirecta a contaminantes en los garajes:

*La distancia del garaje de las fincas colindantes al punto más cercano de la gasolinera (edificio de la tienda) es de 6,47 m. Sin embargo la distancia de dichos garajes al depósito enterrado más cercano es de 12,45 m.*

Estas distancias se han medido directamente sobre el plano catastral, tal como puede verse en el Anexo 2 que acompaña al presente Informe.

Para el perito que suscribe, no hay existencia de vías de exposición en el garaje

aguas arriba, que en su día consideró URS en su informe. No se ha considerado el garaje situado aguas arriba por considerar que es poco probable que debido a una movilización de los contaminantes presentes en el emplazamiento alcancen dicho garaje, por ello en el escenario del ACR incluido en este Informe no se considera dicho emplazamiento.

**Asimismo en dicho ACR incluido en el Anexo 4 del presente informe, debido a la posible migración de los contaminantes a través del aire y de las aguas subterráneas, se considera un entorno inmediato (off-site 1) correspondiente a los transeúntes que circulan por las zonas adyacentes a la estación de servicio (X = 12 m, User Def.). Así, como un off-site II correspondiente a las viviendas cercanas aguas abajo (X=45m, Residencial),**

4.3.1. - Sótano; Horas diarias de exposición de los trabajadores en el sótano y días al año.

Tras comprobar "in situ" el uso del sótano, la perito que suscribe, ha decidido situar trabajador receptor de los posibles riegos en la tienda de la Estación de Servicio, y no en el sótano, ya que su uso es meramente de almacén con una ocupación nula. Para el análisis del ACR se ha considerado a un trabajador en la tienda con uso comercial y un tiempo de exposición de 230 días/año (8h/d).

4.4.- Teniendo en cuenta todos los informes que obran en auto y los escenarios establecidos por la perito mediante el uso del correspondiente modelo informáticos establezca si según lo dispuesto en el RD 9/2005 y en concreto lo dispuesto en el anexo III y VII existen riesgos inaceptables para la salud humana y en definitiva si según los criterios del RD citado, el suelo puede declararse como legalmente contaminado o, si por el contrario, no existen tales riesgos o estos no revisten el carácter de inaceptable, a pesar de los resultados químicos;

El escenario establecido por la perito se trata de un escenario definido por la situación actual del emplazamiento (on-site): terreno ocupado por la E.S. Petrocu destinadas a la venta al por menor de carburantes para la automoción, Se encuentran afectados los suelos y las aguas subterráneas del emplazamiento y los receptores potenciales son los trabajadores de la estación de servicio, que desarrollan su actividad laboral entre el edificio auxiliar (espacio cerrado) y la pista de la E.S. (espacio abierto). Debido a la posible migración de los contaminantes a través del aire y de las aguas subterráneas, se considera un entorno inmediato (off-site 1) correspondiente a los transeúntes que circulan por las zonas adyacentes a la E.S. (espacio abierto, X 12 m, User Def.). Así, como un off-site II correspondiente a las viviendas cercanas aguas abajo (espacio cerrado, X=45m, Residencial). No se ha considerado el garaje situado aguas arriba por considerar que es poco probable que debido a una movilización de los contaminantes presentes en el emplazamiento alcancen dicho garaje. Puede verse un resumen del escenario definido en cuanto a las vías de exposición consideradas, con indicación de la distancia desde el foco de contaminación a los receptores potenciales en la tabla de pág.8 del Anexo 4.

Respecto a las muestras de aguas subterráneas recogidas y analizadas en septiembre de 2010 por la empresa ECA, pueden verse los resultados y conclusiones en las páginas 6-9 del Anexo 3 de este Informe Pericial.

Para realizar el análisis de riesgo se ha utilizado el programa informático "RBCA Too/ Kit for Chemical/ Re/eases/ Version 2.5) Los valores de riesgo obtenidos mediante el programa se comparan con unos valores establecidos según se considere el riesgo derivado de sustancias cancerígenas y sustancias tóxicas. En el primer caso se toma un intervalo de riesgo que se sitúa en 10-5, mientras que para el segundo caso se considera un valor de (índice de peligrosidad o Hazard Index) Cuando el riesgo obtenido para una determinada vía de exposición y receptor es superior a los valores anteriores, el riesgo se considera inaceptable, es decir, que existe riesgo potencial para la salud humana derivado de la afección al medio) tal como puede comprobarse en el Anexo 4, para los escenarios considerados, los valores de riesgo obtenidos mediante el programa son:

Escenario

On site

On site

Off site

Off site

Vías exposición

Inhalación espacios abiertos

Inhalación espacios cerrados

Inhalación espacios abiertos

Inhalación espacios cerrados

USO/RECEPTOR

COMERCIAL

COMERCIAL

RESIDENCIAL 12M.

RESIDENCIAL 45 M.

RIESGO CANCERIGENO

1.1 e-8

3.4 e-8

1.5 E-8

1.5 e-8

RIESGO TOXICOLOGICO

2.1

**1.8 e+1**

1.1

**2.1 e+1**

**LoS RESULTADOS DEL ANÁLISIS DEL RIESGO CONSIDERADO, INDICAN LA EXISTENCIA DE RIESGO TOXICOLOGICO PARA TODAS LAS VÍAS DE EXPOSICIÓN CONSIDERADAS TANTO ON SITE (ABIERTO CERRADO), COMO Off site (ABIERTO CERRADO)".**

**A PREGUNTAS DE LA ACTORA LA PERITO PONE DE MANIFIESTO QUE:**

- a).- Se han actualizado los datos sobre la calidad de las aguas, pero no los relativos al suelo.
- b).- Pudiera ocurrir que si se hubieran hecho análisis del suelo, los valores obtenidos estarían por debajo de los admisibles, pues pudiera ocurrir que haya existido una biodegradación en estos cuatro años.
- c).- Esto mismos se afirma en relación con los datos que obran en la página 14 del informen relación con los TPH- Alifaticos c10 - c12, aunque la perito pone de manifiesto que no existe formula alguna para medir la reducción de la degradación, ni puede deducirse apriorísticamente, sino a través de los correspondientes análisis.
- d).- A continuación, (en relación con la misma tabla de la página 14) clarifica las concentraciones residuales en el agua que deben reducirse para obtener una situación de concentración admisible. No olvidemos que en relación con el agua si se han actualizado los valores, y estos resultan claramente superiores a los admisibles.
- e).- Parece que bastaría con tratar estas tres substancias para limpiar el suelo y dejarlo en condiciones de concentración admisible.
- f).- No se clarifica por el perito si los valores son los RD 9/2006, o los de la legislación Holandesa.
- g).- Se plantea por la actora la cuestión de cuales son los edificios situados aguas a bajo, y consiguientemente posiblemente sometidos a la acción de los contaminantes

h).- Se cuestiona por la actora el tema de los contaminantes en relación con el sótano, de la misma manera que ya hemos visto en relación con la prueba anterior.

i).- Se afirma que no se ha calculado la diferencia entre la solera de la estación y la del sótano pues, no era ese el objeto de la pericia.

j).- Se han hecho mediciones reales de gases, que se incorporan al informe y que se han practicado en el sótano al perforar.

K).- El cálculo es para un riesgo potencial, ante la contaminación del suelo detectada.

#### **A PREGUNTAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA, EL PERITO CONTESTA:**

a).- La perito ratifica que los valores obtenidos superan claramente los umbrales definidos por el RD 9/2005.

b).- ratifica que los valores obtenidos de contaminación en aguas subterráneas superan los límites máximos aconsejables, a pesar de los trabajos realizados por la empresa, con el intento de reducir esos parámetros. Los de agua, están actualizados a 20100 y claramente superan el límite. También los de suelo, no actualizados.

c).- Los análisis siempre se hacen en consideración a riesgos potenciales y consiguientemente, el informe se elabora en condiciones de saturación total, estableciendo los patrones para el peor escenario posible. Los valores del Decreto se calculan en función de ese riesgo potencial.

#### **VALORACIÓN DE ESTA PRUEBA .-**

a).- Se trata de un perito judicial, que emite su dictamen en el acto de la prueba, y consiguientemente en condiciones de clara objetividad,

b).- El hecho de que no se hayan actualizado los valores del suelo, no es significativo, ya que en todo caso esos valores son los que existían cuando se dictó el acto recurrido, con lo que esta circunstancia hace a dicho acto suficientemente consistente.

c).- Podría existir una biodegradación que redujeran los valores máximos admisibles. Pero esto es materia que debió articular el actor a través de la oportuna prueba, practicando los análisis correspondientes, lo que no ha hecho. De esta forma, como no hay manera y es imposible calcular formalmente la biodegradación, los valores del suelo son los que son y consiguientemente, el acto es consistente por este motivo, y las insinuaciones del actor no relevantes.

d).- Las preguntas acerca de los compuestos y los límites así como los relativos a la legislación aplicable, son capciosas pues los compuestos son los mismos que la entidad GEODISA, sociedad que informa a instancia de la actora, considera en los informes unidos al escrito de interposición. Pero es que además ha quedado perfectamente claro y así lo dice el perito que, los límites que se han considerado en relación con el suelo son los que pone de manifiesto el RD, con lo que en este sentido también carece de consistencia esta objeción.

e).- EL programa informático que se ha utilizado ha sido el mismo por todos los informantes, y los valores que se han servido de patrón son los correspondientes al RD, siempre en relación al suelo, pues la perito afirma que, el RD no contempla los valores límites en relación con el agua, por lo que en este caso y para poder elaborar una conclusión sobre el riesgo se ha tomado el patrón que determina la norma holandesa. Lo que por otra parte, no constituye un elemento que devalúe el informe porque el RD 9/2005, permite la aplicación de modelos elaborados por instituciones de reconocida solvencia.

f).- Las preguntas sobre el tema de aguas abajo no son consistentes, teniendo en cuenta la propia planimetría que acompaña al informe, a parte de ser una cuestión clarificada por completo por el perito, pues precisamente a preguntas de la actora, elabora un plano unido a las actuaciones en el que claramente se determina, las líneas de flujo de las aguas subterráneas, y la afección potencial de ciertas viviendas, situadas dentro de los 45 y 100 metros de la gasolinera, por lo que, como el propio perito afirmaba en el acto de la vista, si se recalculase la situación "el riesgo subiría"

g).- La cuestión de la unidad constructiva del sótano y la tienda la hemos tratado ya en la valoración de la prueba anterior y lo que allí dijimos nos remitimos. De forma que, el tratamiento del riesgo potencial es beneficioso para el actor, pues en el escenario cerrado de la gasolinera debían haber sido puestos en consideración otros parámetros, derivados de la circunstancia de ser este un lugar público al que acceden una pluralidad de sujetos a parte de los trabajadores, esto es los terceros, clientes de la estación.

h).- Los riesgos que se miden son potenciales, como claramente pone de manifiesto el perito. Pero es este el sistema que determina el RD.

A raíz de todo lo anterior debemos concluir que, esta pericial practicada en autos es suficientemente consistente y consiguientemente, entendemos que es razonablemente correcta la conclusión final a la que llega este perito en el informe que suscribe, lo que determina la adecuación a derecho de los actos recurridos.

**SEXTO** .- Todo lo anterior determina la íntegra desestimación del recurso planteado, sin que proceda hacer expresa imposición de las costas causadas, pues no se observa el concurso de las determinantes circunstancias, que señala el artículo 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

## FALLAMOS

Que DEBEMOS DESESTIMAR el recurso Contencioso-Administrativo formulado por D<sup>a</sup> ALICIA SUAU CASADO en nombre y representación de la entidad mercantil "La industrial constructora SL", contra un Acuerdo adoptado por el Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto 92/2008, de 27 de junio, dictado por el mismo órgano por el que se declara contaminado el suelo correspondiente al emplazamiento donde se haya situada la E.S. "Petrocu", en la Avenida Luis Suñer nº 5 de Alcira, que confirmamos y declaramos ajustado a derecho.

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo a su centro de referencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

**PUBLICACIÓN** : Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado ponente, que lo ha sido para la celebración del presente recurso, celebrando Audiencia Publica esta sala, de lo que, como Secretaria de la misma, certifico. Valencia fecha ut supra.