



Roj: **STS 4072/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4072**

Id Cendoj: **28079130032018100423**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/11/2018**

Nº de Recurso: **198/2015**

Nº de Resolución: **1692/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 4072/2018,**  
**AATS 13895/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.692/2018**

Fecha de sentencia: 29/11/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 198/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: MDC

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 198/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1692/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 29 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo núm. 2/198/2015, interpuesto por Grupo Inmobiliario Bricansa, S.A., representado por la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup>. Carmen Palomares Quesada, con la asistencia letrada de D. José María Uriarte Valiente, contra el Acuerdo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declara excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto "Protección del frente litoral de San Andrés"; han sido partes demandadas el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado y la entidad Parque Marino Anaga, S.A. representada por el procurador de los tribunales D. Carlos Piñeira de Campos, con la asistencia letrada de D. José Luis Rodríguez-Piñero Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La representación procesal de Grupo Inmobiliario Bricansa, S.A., mediante escrito presentado el 31 de marzo de 2015, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declara excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto "Protección del frente litoral de San Andrés", consistente en la construcción de un espigón exento para la defensa de la costa ubicado en aguas que forman parte de la zona de servicio del puerto de Santa Cruz de Tenerife, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 18 de marzo de 2015. Se ha tenido por interpuesto dicho recurso por diligencia de ordenación de 4 de mayo de 2015, el cual fue admitido por la Sala, motivando la publicación del preceptivo anuncio en el Boletín Oficial del Estado y la reclamación del expediente administrativo.

Recibido el expediente administrativo, y concedido plazo para formalizar la demanda, la recurrente solicitó ampliación del mismo en dos ocasiones.

**SEGUNDO.**- Recibida la ampliación del expediente administrativo, se concedió plazo para formalizar la demanda, que Grupo Inmobiliario Bricansa, S.A., formalizó por escrito presentado el 17 de mayo de 2016, en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos jurídicos que consideró procedentes, terminó suplicando a la Sala:

"dicte sentencia declare la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declara excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto "Protección del frente litoral de San Andrés"; con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la solicitud de dispensa o exención del trámite de evaluación ambiental; y en su consecuencia:

a) Declare la nulidad sobrevenida del Acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, presumiblemente de fecha 17 de septiembre de 2014, de adjudicación de las obras para la construcción del dique de protección o abrigo objeto del referido proyecto (denominado de San Andrés) y, en su consecuencia, el contrato de obra de "Protección del frente litoral de San Andrés, Santa Cruz de Tenerife", celebrado al amparo de dicho acuerdo (y cuya formalización fue objeto de publicación en el BOE de 15 de octubre de 2014), ordenando la demolición del referido dique de contención;

b) Subsidiariamente, para el caso de que no sea posible materialmente la ejecución de la demolición acordada, se declare el derecho de mi representada a la plena indemnización de todos los daños y perjuicios causados, derivados de la ocupación o privación ilegal de la concesión de que es titular, identificada por resolución de la Autoridad Portuaria de 12 de marzo de 2002 como Concesión Administrativa a la entidad "Parque Marítimo Anaga S.A." para la Construcción y Explotación de un Puerto Deportivo y Club de Mar (finca registral 46.552 del Registro de la Propiedad nº 1 de Santa Cruz de Tenerife); estableciendo la Sentencia que en su día se dicte, como criterios a los que deberá ajustarse el Tribunal en la determinación de la indemnización, dentro del correspondiente procedimiento de ejecución (cfr. artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción):



- La íntegra valoración de los daños y perjuicios soportados por el demandante perjudicado, entre los que habrá de computarse el valor real de la concesión y los perjuicios derivados de la privación de la concesión por las vías de hecho por parte de la Administración;

- La adición a dicho importe del 25% del valor de la concesión ilegítimamente ocupada, en concepto de indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración por la ocupación ilegal;

- Los intereses devengados desde la fecha en que la ocupación tuvo lugar -la fecha de finalización de las obras-, al tipo del interés legal del dinero.

c) Cumulativamente con lo anterior, se declare el derecho de mi representada a la plena indemnización de todos perjuicios o ganancias dejados de percibir, como consecuencia de la actitud obstativa y antijurídica de la Administración a la efectividad de la concesión de que el demandante es titular, desde el otorgamiento de la misma hasta la fecha de construcción del dique de protección -como término final de aquella actitud de obstaculización, con la definitiva y completa privación ilegítima de la concesión-; que ascienden a la cantidad de cuarenta y cinco millones seiscientos cuatro mil doscientos setenta y dos euros con sesenta y cinco (45.604.272,65 euros) o la que se determine como consecuencia de la prueba practicada en relación con dicho extremo.

d) Todo ello, con expresa condena al pago íntegro de las costas causadas en el procedimiento a la Administración demandada, aun cuando la demanda fuera estimada de modo parcial".

Solicita se fije la cuantía en la cantidad que determina en su escrito, el recibimiento del pleito a prueba (documental pública y privada, pericial), y el trámite de conclusiones.

**TERCERO.-** Mediante escrito presentado el 14 de junio de 2016, se persona en el presente recurso la entidad Parque Marino Anaga, S.A., representada por el procurador de los tribunales D. Carlos Piñeira de Campos, teniéndole por personado y parte mediante diligencia de ordenación de fecha 15 de junio de 2016.

**CUARTO.-** El Abogado del Estado, se opuso a la demanda con su escrito presentado en fecha 20 de junio de 2016 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala:

"dicte sentencia desestimando en su integridad la demanda formulada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente, con aplicación sobre este particular del baremo estricto correspondiente del Colegio de Abogados por concurrir una específica mala fe del recurrente que, respetuosamente, entendemos debe ser corregida".

Por otrosí digo primero manifiesta que resulta improcedente la prueba propuesta por la parte recurrente y anuncia la presentación de informe pericial y que fue presentado en fecha posterior mediante su escrito de fecha 11 de julio de 2016.

**QUINTO.-** Por decreto de 3 de febrero de 2017 se resolvió sobre la impugnación de la personación de Parque Marino Anaga, S.A. que había realizado la recurrente, en el sentido de admitirse en base a que su personación se había realizado dentro del plazo permitido por el artículo 50 de la Ley de la Jurisdicción.

**SEXTO.-** Por auto de 31 de marzo de 2017, se desestimó la alegación realizada por la representación procesal de Parque Marino Anaga, S.A. sobre la falta de legitimación de la parte recurrente, por cuando se desprendía en este caso el interés suficiente de la misma en el concesión portuaria objeto del procedimiento.

**SÉPTIMO.-** Alzada la suspensión acordada en diligencia de ordenación de 18 de enero de 2007 pasado, se acordó conceder a Parque Marino Anaga, S.A. el plazo de quince días que le restaban para contestar demanda, lo que efectuó mediante escrito presentado el 20 de mayo de 2017, en el que tras realizar las alegaciones que estimó oportunas solicitó se dicte sentencia desestimando en su integridad la demanda formulada, con expresa imposición de las costas a la parte recurrente. Solicita el recibimiento del pleito a prueba (documental pública y privada), y el trámite de conclusiones.

**OCTAVO.-** Mediante decreto de 17 de mayo de 2017, se fijó la cuantía en 49.870.223,24 €, y por auto de 28 de junio de 2017, se acordó el recibimiento del pleito a prueba con el resultado que obra en autos.

**NOVENO.-** Declarado terminado y concluso el período de proposición y práctica de prueba concedido, se concedió por la Sala a la parte recurrente el plazo de diez días a fin de presentar su escrito de conclusiones sucintas, trámite que fue evacuado mediante su escrito en fecha 18 de enero de 2018, del que se dió traslado a las partes recurridas que presentaron sus conclusiones en fecha 5 de febrero de 2018 la representación procesal de Parque Marino Anaga, S.A. y en fecha 6 de febrero siguiente el Abogado del Estado, quedando las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.



**DÉCIMO.-** Tras fijarse por providencia de 23 de mayo de 2018 fecha para votación y fallo de 10 de julio de 2018, la representación procesal de la recurrente impugnó mediante escrito de 29 de mayo de 2018 el nombramiento de nuevo Magistrado Ponente, que fue resuelto, tras oír al resto de partes, en sentido desestimatorio.

**DECIMOPRIMERO.-** El Abogado del Estado ha presentado escrito en fecha 27 de junio de 2018 con el que aporta la sentencia de 18 de mayo de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso núm. 206/2008. Interesando que se tramite al amparo del artículo 271.2 de la LEC al haber sido dictada con posterioridad al momento de formular las conclusiones y pudiendo ser relevante para la resolución del presente recurso. Por providencia de 5 de julio de 2018, se acordó dar traslado al resto de partes sobre dicho escrito y dejar sin efecto el señalamiento para deliberación y fallo del presente recurso previsto para el próximo día 10 de julio. Habiendo presentado sendos escritos las representaciones procesales de la parte recurrente, Grupo Inmobiliario Bricansa, S.A., y de la parte recurrida, Parque Marino Anaga, S.A.

**DECIMOSEGUNDO.-** Por providencia de fecha 2 de octubre de 2018, se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso la nueva fecha de 20 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar su celebración.

**DECIMOTERCERO.-** La representación procesal del Grupo Inmobiliario Bricansa, S.A. ha presentado escrito en fecha 29 de octubre de 2018, en el que, de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la LEC, aportaba una sentencia de 26 de octubre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, del que se ha dado traslado al resto de partes, quienes han presentado sus alegaciones al respecto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- El acuerdo impugnado.

La resolución de 24 de febrero de 2015, de Puertos del Estado, publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declara excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto "Protección del frente litoral de San Andrés", consistente en la construcción de un espigón exento para la defensa de la costa ubicado en aguas que forman parte de la zona de servicio del puerto de Santa Cruz de Tenerife (BOE de 18 de marzo de 2015).

Recoge que con fecha 27 de junio de 2014, el Consejo de Ministros adoptó el reseñado Acuerdo y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4, letra b), del artículo 8 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, el acuerdo de exclusión y los motivos que lo justifican se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado" o diario oficial correspondiente. En cumplimiento de dicho precepto, se publica dicho acto del Consejo de Ministros en el "Boletín Oficial del Estado", que figura como anexo de esta resolución.

Y recoge el anexo:

#### "PROPUESTA

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, se autoriza excluir del trámite normalizado de evaluación de impacto ambiental el proyecto constructivo denominado "Protección del frente litoral de San Andrés", consistente en la ejecución de un espigón de defensa exento, paralelo a la costa, y un dique de cierre perpendicular a la misma, situado sobre aguas que forman parte de la denominada "Zona II" dentro de la actual zona de servicio del puerto de Santa Cruz de Tenerife, por tener esta actuación carácter de emergencia para prevenir inundaciones derivadas del rebase de agua del mar que periódicamente se producen en la zona.

Segundo. El correspondiente proyecto constructivo de las obras será ejecutado y financiado a costa de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, puesto que las mismas se ubican dentro de la actual zona de servicio gestionada por dicho Organismo Público, definida mediante Orden FOM/2493/2006. La configuración en planta de las obras se ajustará a la denominada solución B3 del documento "Proyecto Básico de protección del frente litoral de San Andrés" de que dispone la Autoridad Portuaria, consistente en la construcción de un dique exento de materiales sueltos, situado a 90-130 metros de la costa incorporando un espigón al suroeste de la costa de San Andrés perpendicular al paseo marítimo.

Tercero. En cuanto a la forma alternativa de evaluación del proyecto, se tendrán en cuenta las medidas correctoras y el programa de vigilancia ambiental que figuran en el estudio elaborado a instancias de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife como órgano sustantivo de la obra.

Cuarto. De igual modo se acuerda que el presente acuerdo de exclusión, así como los motivos que lo justifican, sea publicado en el "Boletín Oficial del Estado", poniendo a disposición del público afectado la información



relativa a la evaluación realizada y sobre esta decisión de exclusión, cuyo contenido será comunicado a la Comisión Europea".

Y a continuación la justificación de la medida (corregimos alguna referencia errónea a la Ley 21/2013):

#### "EXPOSICIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, letra b), del artículo 8 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, el Consejo de Ministros en el ámbito de la Administración General del Estado podrá, en supuestos excepcionales y mediante acuerdo motivado, excluir un proyecto determinado del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, examinando la conveniencia de someter dicho proyecto a otra forma de evaluación.

El acuerdo eventualmente adoptado y los motivos que lo justifican se deberán publicar en el "Boletín Oficial del Estado", debiéndose poner a disposición del público la información relativa a la decisión de exclusión, los motivos que la justifican y el examen sobre las formas alternativas de evaluación del proyecto, debiéndose comunicar asimismo la referida información a la Comisión Europea.

El Acuerdo que se propone obedece a que en determinadas situaciones climáticas (básicamente relacionadas con el nivel de marea y el oleaje) se producen rebases de agua del mar sobre la escollera del paseo marítimo de San Andrés, en Santa Cruz de Tenerife, produciéndose fenómenos de inundación de la carretera y del paseo peatonal situados tras la actual escollera de defensa, e incluso de viviendas y locales de la zona, con el consiguiente riesgo tanto para la integridad física de las personas como para los bienes allí ubicados, con las correspondientes pérdidas económicas que ello implica.

Dichos eventos suelen manifestarse cuando se presentan las pleamares vivas, sobre las cuales el oleaje logra superar la cota de la berma de la playa seca de la zona costera de San Andrés, encumbra la escollera de protección longitudinal del paseo marítimo, inunda el camino de rodadura de vehículos urbanos, e incluso llega a interactuar destructivamente con las casas, edificios y demás infraestructuras costeras. Estos eventos catastróficos se han venido sucediendo en los años 2010, 2011 y 2012. La ocurrencia de este tipo de eventos implica grandes pérdidas económicas y compromete la integridad de las vidas humanas, al presentarse de forma súbita, respondiendo a una conjunción óptima de los distintos forzamientos que interactúan dentro del sistema oleaje-nivel del mar, influidos por contornos batimétricos, costeros y portuarios adyacentes a la zona.

Este tipo de fenómenos suele producirse a finales del mes de agosto o principios del mes de septiembre, coincidiendo con las situaciones de mareas vivas que se producen al finalizar el verano, e incluso en otras fechas, como recientemente ha acontecido a principios de junio de 2014. La solución al problema ha sido reiteradamente solicitada tanto por los vecinos del barrio de San Andrés, como por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

La situación descrita implica la necesidad apremiante de ejecutar obras de defensa litoral, las cuales, con arreglo a lo previsto en el artículo 113 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cabe calificarlas de emergencia dado que ha de actuarse de forma inmediata ante una situación de grave riesgo como lo son los referidos fenómenos de inundación.

En este escenario, y dado que la obra de defensa litoral habría de ubicarse dentro de las aguas portuarias delimitadas por la vigente Orden FOM/2493/2006, de 13 de julio, quedando por tanto dentro del dominio público que gestiona la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, este organismo portuario ha asumido el compromiso para la ejecución y financiación de las actuaciones de defensa en esta zona del litoral.

La sección estructural del dique principal estaría en principio formada por un manto de protección de bloques de hormigón, filtro de escollera y núcleo de "pedraplén" o "todo uno" de cantera. La estructura contaría con taludes laterales 3H:2V. Estos parámetros técnicos deben entenderse aproximados y pendientes de validación definitiva mediante los correspondientes estudios técnicos.

El plazo de ejecución previsto para la construcción del dique asciende a diez meses. Este hecho implica que, si se quiere evitar el riesgo de que se produzcan nuevos episodios de rebase y consiguiente inundación de la zona, las obras deban comenzar necesariamente su ejecución a la mayor brevedad.

El organismo portuario ha estudiado las diversas soluciones constructivas evaluando su incidencia ambiental, concluyendo que el proyecto de la denominada alternativa B3 resulta el más inocuo. Para tal evaluación se ha realizado un inventario ambiental para conocer el estado actual del medio físico, biológico, perceptual y socio-económico sobre el cual actuaría el proyecto constructivo tanto durante la fase de ejecución de la obra como una vez finalizada, estudiándose la incidencia en la dinámica litoral, calidad atmosférica, recursos pesqueros y fauna marina, hidrodinámica, calidad de las aguas, estudio de avenidas de los barrancos, calidad sonora, comunidades bentónicas, impacto sobre el paisaje y la flora y fauna costeras así como sobre espacios de



la Red Natura 2000 (el ZEC Sebadal de San Andrés y la ZEPA de Anaga), el patrimonio cultural arqueológico, tráfico rodado y socioeconomía. A la vista del estudio realizado se han establecido medidas preventivas y correctoras para minimizar los efectos, calificados como compatibles o no significativos, y se ha diseñado un código de buenas prácticas de operación. Además se ha previsto un programa de vigilancia y seguimiento ambiental general de las obras, de la calidad de las aguas y de los fondos marinos y comunidades bentónicas.

En consecuencia, ante la posible inminencia de nuevas inundaciones anuales por agua del mar en los terrenos colindantes a la lámina de agua integrada en la zona de servicio portuaria gestionada por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, circunstancia que permite considerar a la obra proyectada como de emergencia, pues su ejecución obedece a evitar una actuación que supone grave peligro, se estima procedente la exclusión del proyecto del trámite de evaluación de impacto ambiental por el Consejo de Ministros dada la excepcional urgencia con que debe ser acometida la obra en aras de evitar nuevos resultados dañinos. Así mismo, considerando la necesidad que tiene la Administración de actuar de manera inmediata para evitar riesgos en personas y bienes, se estima pertinente iniciar los trámites conducentes a la adopción por el Consejo de Ministros del acuerdo de exclusión del procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto "Protección del frente litoral de San Andrés", consistente en la construcción de un espigón exento para la defensa de la costa ubicado en aguas que forman parte de la zona de servicio del puerto de Santa Cruz de Tenerife, según se prevé en el artículo 8 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental".

### **SEGUNDO.- La demanda.**

En el antecedente de hecho segundo hemos recogido el suplico de la demanda. En cuanto al fondo la demanda impugna el citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014 con una extensa argumentación que desarrolla conforme a los siguientes puntos:

A. Régimen legal general de la Evaluación de Impacto Ambiental.

B. Régimen legal de excepciones o dispensas a la Evaluación de Impacto Ambiental

El acuerdo del Consejo de Ministros se acogió a aquel régimen legal de exención de la evaluación de impacto ambiental. En especial y de manera expresa, el acuerdo adoptado se amparaba en la posibilidad legal de dispensa del control ambiental preventivo, por razones de emergencia; puesto que, decía, la dispensa se otorgaba al amparo del apartado 3, letra b), del artículo 8 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, *"por tener esta actuación carácter de emergencia para prevenir inundaciones derivadas del rebase de agua del mar que periódicamente se producen en la zona"*.

Un acto discrecional, adoptado por la Administración al amparo del concepto genérico "emergencia". Concepto jurídico indeterminado que -además de las prevenciones especiales establecidas en el apartado 4 del mismo artículo, sobre la necesidad de: a) examen de las formas de evaluación ambiental sustitutivas que se estimen idóneas; b) publicidad del acuerdo adoptado; y c) comunicación del acto a la Comisión Europea- se halla sometido a las técnicas ordinarias de control de la discrecionalidad administrativa. El examen habrá de hacerse efectivo a través del control sobre la concurrencia y valoración - *apprezzamento*- de los hechos determinantes de la resolución adoptada, la racionalidad de esa misma decisión discrecional, su sometimiento a los principios generales del Derecho y la proporcionalidad de la propia actuación administrativa realizada.

C. El concepto jurídico indeterminado como fundamento de la resolución recurrida. La ley recurre a la idea de "emergencia" para permitir, mediante resolución motivada, la dispensa del requisito esencial de la evaluación de impacto ambiental.

D. Los límites a la discrecionalidad administrativa: el control de los hechos determinantes de la "emergencia".

E. El control de *apprezzamento*: la valoración de los hechos determinantes. Proyectos todos ellos con incidencia medioambiental equivalente (o simplemente idéntica) en la costa y con una finalidad -principal o secundaria, pero en todo caso esencial- de protección del litoral análoga, respecto de los cuales no se apreció por la Administración la concurrencia de situaciones de emergencia, por razón de extraordinaria premura en la cobertura de la necesidad, ni de la extrema gravedad de las consecuencias supuestamente catastróficas del daño. A juicio de la recurrente el grave error padecido por la Administración en la apreciación de las razones de emergencia o daño catastrófico que motivaron la concesión de la dispensa ambiental otorgada.

F. El control a través de los principios generales del derecho.

G. El control de la proporcionalidad de la decisión. A su juicio, constituyen supuestos de actuación administrativa expropiatoria, por vías de hecho, no solo los derivados de la ocupación de bienes o derechos sin acto o procedimiento administrativo que la ampare y le dé cobertura o aquellos en que las actuaciones expropiatorias formalmente adoptadas exceden del contenido permitido por el acto de cobertura, sino también aquellos otros supuestos, como el objeto de la presente impugnación, en que la actuación se adopta a través



de un acto o procedimiento que le brinda cobertura, cuando se revela posteriormente que el mismo carece de alguno de sus elementos esenciales de validez.

H. Los defectos de forma de la resolución impugnada.

I. La nulidad absoluta de la resolución impugnada. Consecuencias: nulidad de la obra y expropiación de hecho de la concesión.

J. La indemnización de los derechos objeto de la expropiación material.

K. Bases para la determinación de la indemnización.

L. La reparación del lucro cesante derivado del retraso en la efectividad de la concesión.

**TERCERO.- La sentencia de esta Sala de fecha 17 de mayo de 2017 -recurso núm. 732/2015 -.**

Es inevitable reseñar que esta Sala ya se ha pronunciado expresamente sobre la legalidad del mismo Acuerdo ahora impugnado. Y lo hizo a instancia de la Asociación Tinerfeña de Amigos de la Naturaleza (ATAN) y la Federación Ben Magec-Ecologistas en Acción.

Como allí se recoge:

"PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La Asociación Tinerfeña de Amigos de la Naturaleza (ATAN) y la Federación Ben Magec-Ecologistas en Acción impugnan el acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declara excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto "Protección del frente litoral de San Andrés", consistente en la construcción de un espigón exento para la defensa de la costa ubicado en aguas que forman parte de la zona de servicio del puerto de Santa Cruz de Tenerife.

El citado acuerdo fue publicado por la resolución de 24 de febrero de 2015, de Puertos del Estado, en el Boletín Oficial del Estado de 18 de marzo de 2015.

Las entidades recurrentes entienden que el acuerdo impugnado, que excluye la evaluación ambiental del proyecto de protección del frente litoral de San Andrés, es contrario a derecho por haberse aprobado sin que se produjera una previa situación de emergencia. Por otro lado, consideran que tanto el expediente del proyecto de protección como el propio acuerdo que lo excluyó de la evaluación ambiental y que fue adoptado estando ya muy avanzada la tramitación de aquél, están afectados de numerosas irregularidades e imprecisiones que determinan la ilegalidad de todo el procedimiento".

La cuestión de fondo examinada es exactamente la misma y tanto los motivos de la demanda como los entonces argumentos de la Abogacía del Estado son análogos. Y giran en torno a la interpretación del artículo 8 de la Ley de Evaluación Ambiental, que nos limitamos a ratificar:

"SEGUNDO.- Sobre la exclusión de la evaluación ambiental sin una previa situación de emergencia.

El argumento de fondo de las entidades recurrentes contra el acuerdo del Consejo de Ministros es que se adopta sin que se hubiese producido previamente un acontecimiento catastrófico o una situación de emergencia, que serían las circunstancias habilitantes previstas en el artículo 8.3, párrafo segundo, de la Ley de Evaluación Ambiental (Ley 21/2013, de 9 de diciembre). Consideran además que se trata de la exención de un trámite esencial y que debe ser interpretado restrictivamente.

Afirman que el citado precepto no autorizaba a acudir al procedimiento abreviado sin que se hubiera producido una situación catastrófica ni, por tanto, hubiera daños por reparar (las situaciones extraordinarias que se mencionan son de 2010, 2011 y 2012). Cita como ejemplos otras ocasiones en las que se excluyó la evaluación ambiental por situaciones catastróficas que sí habían producido de manera efectiva daños y destrozos.

El acuerdo se adopta ya el 30 de junio, en una fase avanzada del proyecto, con un estudio de impacto ambiental ya presentado por el promotor y a punto de finalizar el mes de exposición al público del proyecto y del citado estudio ambiental. Ello evidencia que no se está ante una declaración de emergencia regulada por los artículos 8.3 y 4 de la Ley 21/2013, sino que la Administración entendía a principios de año que no era de aplicación la declaración de emergencia y que el proyecto se debía tramitar por el procedimiento ordinario.

La alegación no puede ser estimada. El artículo 8 de la Ley de Evaluación Ambiental, tras excluir en sus apartados 1 y 2 la aplicación de la misma a determinados planes, programas y proyectos, establece lo siguiente:

"Artículo 8. *Supuestos excluidos de evaluación ambiental y proyectos exceptuables.*

[...]



3. El Consejo de Ministros, en el ámbito de la Administración General del Estado, y el órgano que determine la legislación de cada comunidad autónoma, en su respectivo ámbito de competencias, podrán, en supuestos excepcionales y mediante acuerdo motivado, excluir un proyecto determinado del procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

En particular, el Consejo de Ministros en el ámbito de la Administración General del Estado y, en su caso, el órgano que determine la legislación de cada comunidad autónoma en su respectivo ámbito de competencias, con arreglo a lo previsto en el apartado anterior y caso por caso, podrá determinar si procede la exclusión del procedimiento de evaluación de impacto ambiental en proyectos de:

a) Construcción de centros penitenciarios, o en aquellos proyectos declarados de especial interés para la seguridad pública por las administraciones competentes.

b) Obras de reparación de infraestructuras críticas dañadas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y obras de emergencia.

4. En los casos previstos en el apartado anterior:

a) Se examinará la conveniencia de someter el proyecto excluido a otra forma de evaluación que cumpla los principios y objetivos de esta ley.

b) El acuerdo de exclusión y los motivos que lo justifican se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado" o diario oficial correspondiente. Adicionalmente, se pondrá a disposición del público la información relativa a la decisión de exclusión y los motivos que la justifican, y el examen sobre las formas alternativas de evaluación del proyecto excluido.

c) El órgano sustantivo comunicará la información prevista en el apartado anterior a la Comisión Europea, con carácter previo a la autorización del proyecto."

Como puede comprobarse, el precepto establece la circunstancia habilitante para la exclusión de la evaluación de impacto ambiental de forma genérica en el párrafo primero del apartado 3 ("supuestos excepcionales"), y enumera luego como supuestos destacados los enumerados en las letras a) y b), pero en ningún caso considera tales circunstancias como supuestos tasados para la exención de la evaluación de impacto ambiental. En efecto, lo que el precepto prevé en el apartado 3 es que mediante acuerdo motivado el Consejo de Ministros (o, en su caso, el órgano autonómico correspondiente) puede excluir un proyecto del procedimiento de evaluación ambiental "en supuestos excepcionales". Y luego señala que "en particular", esto es, como "supuestos excepcionales" ya predefinidos por la Ley, estarían la construcción de centros penitenciarios o proyectos de interés para la seguridad pública y las obras de reparación de infraestructuras críticas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y "obras de emergencia".

Las consecuencias de tal regulación son claras. En primer lugar, lo que habilita al Consejo de Ministros para excluir el estudio ambiental es simplemente un "supuesto excepcional", lo que constituye una habilitación que, si bien por su propia dicción ha de entenderse en forma restrictiva, es de carácter genérico: esto es, no está limitada, como pretenden las actoras, a la previa existencia de una situación catastrófica ya ocurrida y con daños por reparar. Por otra parte y en congruencia con lo anterior, la enumeración ejemplificadora de dos supuestos excepcionales que se efectúa en el propio apartado muestra que la idea del legislador sobre lo que constituye un supuesto excepcional es sumamente abierta desde el punto de vista material, puesto que considera como un caso particular de supuesto excepcional la construcción de centros penitenciarios, lo que no puede calificarse precisamente como un proyecto de ejecución urgente e ineludible en un determinado momento y lugar.

En el presente caso se trata de unas obras de protección de un tramo del litoral en el que se han producido inundaciones con daños materiales de importancia provocados por temporales de manera recurrente, en concreto en los citados años de 2010, 2011 y 2012. En tal supuesto, no resulta irrazonable calificar la ejecución de tales obras como un supuesto excepcional, aunque la repetición de una situación semejante sea una eventualidad que no tiene por qué producirse necesariamente cada año. Pero adoptar medidas preventivas ante un fenómeno natural recurrente, aun con una periodicidad incierta, puede efectivamente considerarse como un supuesto excepcional en el sentido del precepto discutido, a la vista de la redacción ya comentada y de los particulares casos contemplados en la norma.

No obsta a lo anterior el que el procedimiento se iniciase en su modalidad ordinaria y que en un momento posterior se decidiese hacer uso de la previsión del artículo 8.3 de la Ley de Evaluación Ambiental. El hecho de que los fenómenos catastróficos en cuestión suelen producirse en el mes de septiembre, puede explicar que en un determinado momento se entendiese conveniente avanzar las obras con mayor rapidez para tratar de finalizarlas antes de dicha fecha.





Debe añadirse, a mayor abundamiento, que si bien el caso de autos puede razonablemente comprenderse en el supuesto habilitante genérico de "supuestos excepcionales", el último inciso de la letra b) enumera también entre los supuestos particulares expresamente contemplados las "obras de emergencia", lo que también puede aplicarse sin dificultad al supuesto estudiado, dada la conveniencia de que en el mes de septiembre estuviera finalizada la obra de protección. Ello no resulta contradictorio con la circunstancia ya señalada de que la eventualidad de que se produzca un desastre natural como los ocurridos en los años 2010 a 2012 sea incierta. Como tampoco impide que pueda ser considerada una obra de emergencia -al igual que sucede con la calificación de supuesto excepcional- la inacción anterior, esto es, que no se hubiera decidido antes adoptar medidas de protección. En efecto, salvo en los casos de inmediata necesidad, tales decisiones dependen de un complejo cúmulo de circunstancias económicas, políticas y sociales que no empañan el hecho de que una vez tomada la decisión la medida pueda ser calificada como necesaria y urgente para evitar que puedan producirse nuevas situaciones de riesgo.

Todo lo dicho supone también el rechazo de la alegación formulada en el último apartado (octavo) de la demanda, en el sentido de que la actuación no respondía a la necesidad inaplazable de realizar la obra, sino que tenía como objetivo eludir la necesaria evaluación ambiental, lo que en puridad es una imputación de desviación de poder. Al margen ya de falta de probanza de que tal fuera el verdadero objetivo de la decisión del Consejo de Ministros, el que la obra de protección del litoral litigiosa quede comprendida en las previsiones legales invalida la argumentación de las recurrentes, pues como hemos visto, no es un requisito inexcusable para que pueda aplicarse el artículo 8.3 de la Ley de Evaluación Ambiental el que concurra una "necesidad inaplazable" de realizar la obra, en un sentido literal y estricto como lo entienden las recurrentes, aunque sí puede entenderse en cambio como un supuesto excepcional o de emergencia, en los términos en que se ha justificado en función del tenor del precepto. Por lo demás, el que la modificación del cercano puerto deportivo al que se refieren las recurrentes tuviera una declaración de impacto ambiental negativa no quiere decir que de forma inexcusable tal fuera a ser el sentido de la declaración de las obras de protección de frente litoral, pese a su proximidad geográfica, o que no pudieran adoptarse las medidas concretas que eventualmente pudiera contener. A este respecto debe añadirse que el propio acuerdo impugnado incorpora en su apartado tercero la adopción de medidas correctoras y un programa de vigilancia ambiental".

Finalmente, también los alegados defectos procedimentales fueron rechazados por esta Sala en los siguientes términos:

"TERCERO.- Sobre los defectos procedimentales.

Las entidades recurrentes también alegan diversas irregularidades procedimentales: a) el retraso en la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros que se impugna; b) la tramitación del expediente de contratación por el procedimiento ordinario y antes de la citada publicación; y c) no comunicación a la Comisión Europea de la información pertinente al proyecto con anterioridad a su aprobación.

Antes de referirnos de forma específica a cada uno de ellos, debe decirse que para que los defectos procedimentales sean determinantes de nulidad deben incurrir en causa de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad, según los términos de los artículos 62 y 52 de la Ley procedimental vigente, la Ley 30/1992, lo que claramente no ocurre.

Así, no puede considerarse que el retraso en la publicación del acuerdo o la licitación del proyecto por el procedimiento ordinario sin la previa publicación del acuerdo supongan la ausencia total y absoluta de procedimiento. Procedimiento hubo y en él se inserta el acuerdo impugnado, siendo sin duda la publicación meses después de aprobarse una anomalía, pero en modo alguno esencial y que equivalga a la ausencia de procedimiento.

Por otra parte, el que la licitación se efectuase por el procedimiento ordinario resulta irrelevante, pues aunque en casos de extremada urgencia sería lo lógico emplear el procedimiento de urgencia, ello no resulta obligado por el hecho de haber acordado prescindir del informe de evaluación ambiental. En el caso de autos, puede explicarse la utilización del procedimiento de contratación ordinario tanto porque se considerara que era suficiente como para acabar en plazo las obras como por la propia circunstancia de no haberse publicado todavía el acuerdo impugnado del Consejo de Ministros, puesto que era dicho acuerdo el que expresamente justificaba la necesidad de actuar con prontitud para finalizar las obras antes de finales de agosto o principios de septiembre.

Finalmente y en lo que respecta a la comunicación a la Comisión Europea, lo que prevé el artículo 8.4.c) de la Ley de Evaluación Ambiental, ya reproducido, es que se comunique a la Comisión "la información prevista en el apartado anterior", eso es, la adopción del acuerdo motivado de exclusión de un proyecto del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, no como sostienen las demandantes, la resolución publicada en el Boletín



Oficial del Estado. Por consiguiente, la notificación de la adopción del acuerdo por parte de la Administración es suficiente como para entender cumplida la exigencia legal".

Y se sentó la siguiente conclusión:

"CUARTO.- Conclusión y costas.

Las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho conducen a la desestimación del recurso entablado por la Asociación Tinerfeña de Amigos de la Naturaleza (ATAN) y la Federación Ben Magec-Ecologistas en Acción contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declara excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto "Protección del frente litoral de San Andrés", consistente en la construcción de un espigón exento para la defensa de la costa ubicado en aguas que forman parte de la zona de servicio del puerto de Santa Cruz de Tenerife.

En aplicación de lo dispuesto en lo apartado 1 y 3 del artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas a la parte recurrente hasta un máximo de 4.000 euros, más el IVA correspondiente a la cantidad reclamada".

#### **CUARTO.- La aplicación de la anterior doctrina a este recurso.**

Es evidente que a la hora de formalizar la ahora recurrente su demanda -el 17 de mayo de 2016- no se había dictado la anterior sentencia, de la que ahora no existe ningún motivo para apartarse. Ni los argumentos de la actora, ni sus críticas o discrepancias con la sentencia de 17 de mayo de 2017, que expone en escritos posteriores, justifican en modo alguno separarse de lo que, de forma clara, se dice en dicha sentencia sobre la interpretación del artículo 8 de la Ley 21/2013, el concepto de "emergencia" y la exclusión de la evaluación ambiental sin una previa situación de emergencia en los términos que se razona en la misma. La motivación, justificación y proporcionalidad del Acuerdo impugnado aparecen recogidos en su "Exposición" antes transcrita y así lo ha considerado esta Sala en la sentencia de 17 de mayo de 2017. Nada hay en la invocación de los límites de la discrecionalidad administrativa, ni el control de los hechos determinantes, el examen de los conceptos jurídicos indeterminados o la invocación de los principios generales del derecho, extensamente desarrollados por la demandante, con amplia cita doctrinal y jurisprudencial, que desvirtúe la que se dijo en la indicada sentencia.

En síntesis, el carácter de obra de emergencia no solo es predicable para actuaciones "ex post facto" reparadoras de daños acaecidos como consecuencia de fenómenos catastróficos, sino que también puede aplicarse a las obras que hayan de afrontarse de manera inmediata a causa de situaciones que supongan grave riesgo (nos remitimos al fundamento de derecho segundo de aquella sentencia antes transcrito).

El Acuerdo impugnado se ha adoptado por el órgano competente -el Consejo de Ministros-, en ejercicio de la competencia excepcional que le atribuye el artículo 8.3.b), in fine, de la Ley 21/2013, excluyendo del procedimiento de evaluación ambiental a un proyecto concreto, cual es el relativo a las obras de construcción de un dique de protección de la costa frente al barrio de San Andrés en Santa Cruz de Tenerife, dentro de la zona de servicio portuaria. El Acuerdo está suficientemente motivado y se ajusta al supuesto de hecho habilitante previsto en la norma -obras de emergencia-.

#### **QUINTO.- Sobre la responsabilidad patrimonial y la pretensión indemnizatoria.**

Examinada detenidamente la demanda, resulta, como destaca el Abogado del Estado, que su verdadero objetivo, no es tanto la impugnación del Acuerdo citado, como la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración. Considera la existencia de causalidad, antijuricidad del comportamiento administrativo y que se trata de un daño efectivo evaluable económicamente.

Pretende que la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, arrastre la nulidad de toda la actuación administrativa en relación al dique de San Andrés, llega a solicitar "la demolición del referido dique de contención" y que se le indemnicen los daños y perjuicios causados, derivados de la hipotética ocupación o privación ilegal de una concesión, suspendida a petición del inicial concesionario, Parque Marítimo Anaga, S.A.

En este sentido se aporta una ingente documentación acompañada de abundante prueba pericial.

Sin embargo, el acto recurrido es el mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros, lo que determina y circunscribe el objeto del recurso, sin que sea extensible a otros actos o resoluciones administrativas ni a sus eventuales e hipotéticos efectos. Lo relevante es el ajuste a derecho del Acuerdo impugnado.

La entidad demandante alude a diversos antecedentes del Acuerdo recurrido, mezclando, de un lado, los específicamente referidos al mismo, junto a otros que se refieren a otros procedimientos administrativos sustanciados por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, esto es los relativos a la concesión demanial portuaria para la construcción y explotación de un puerto deportivo, otorgada inicialmente a la mercantil Parque



Marítimo Anaga, S.A., en el año 2002 y a su ulteriores vicisitudes (modificación concesional en el año 2004, y suspensión de la eficacia de la citada concesión con fecha 30 de junio de 2009).

Pues bien, en el recurso núm. 206/2008, interpuesto por la entidad Parque Marítimo Anaga, S.A. ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso- Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, contra la inactividad de la Autoridad Portuaria del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, por incumplimiento de su obligación de facilitar a la entidad recurrente el legítimo ejercicio de la concesión administrativa para la construcción y explotación de un puerto deportivo y club del mar en la zona de servicios del Puerto, de 26 de febrero de 2002, cuyas condiciones fueron modificadas por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 8 de octubre de 2004, se dictó la sentencia de 18 de mayo de 2018 -aportada a estas actuaciones- que desestima el recurso, en el que también fue parte el Grupo Inmobiliario Bricansa, S.A. Y esta sentencia no consta recurrida.

Dicho esto debemos examinar la posibilidad y el alcance de la pretendida pretensión indemnizatoria. El Grupo Inmobiliario Bricansa sería titular de la concesión otorgada por la Administración para la construcción de una Marina Deportiva y Club Náutico en San Andrés, las mismas aguas donde aparece actualmente construido el dique objeto de la resolución recurrida en el presente procedimiento. Dicho grupo habría resultado adjudicatario, en procedimiento judicial de ejecución -subasta- de la reseñada concesión administrativa.

Cabe recordar la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2012 -recurso de casación núm. 5375/2008- mencionada por la Abogacía del Estado en la que se dice:

"El art. 31.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 no habilita la articulación procesal de pretensiones indemnizatorias no ligadas a la anulación del acto administrativo impugnado, y planteadas, por ende, de forma independiente de la anulatoria esgrimida con carácter principal en la misma demanda. Al contrario, la pretensión indemnizatoria que ese precepto contempla es la de carácter accesorio, que se anuda a la principal y para el caso de que esta sea estimada. Así se refleja en el artículo 71.1 de la misma Ley, que prevé el reconocimiento y restablecimiento en sentencia de una situación jurídica individualizada justamente cuando la sentencia es estimatoria de la pretensión principal de anulación del acto administrativo impugnado en el proceso".

Y, más recientemente, lo dicho en la sentencia de 16 de abril de 2018 -recurso de casación núm. 65/2016-, con amplia reseña de los precedentes de esta Sala:

"QUINTO.- Sobre la acción de responsabilidad patrimonial o la reclamación de indemnización.

En el motivo segundo MATSA denuncia la infracción de los ya mencionados artículos de la LJCA y de la Ley 30/1992, así como de la jurisprudencia que los interpreta, en la medida en que, a su juicio, la sentencia incurre en el error de considerar que la actora estaba planteando una acción de responsabilidad patrimonial, cuando lo pretendido era el reconocimiento y pago de una indemnización derivada del daño producido por la desestimación de la solicitud de incentivo y ello al amparo del artículo 31.2 de la LJCA, que excluye la necesidad de reclamación administrativa previa cuando la pretensión indemnizatoria se efectúa como medida para hacer efectiva la situación jurídica individualizada cuyo reconocimiento se pretende.

Pues bien, como es sabido las pretensiones de anulación son aquellas que pretenden la declaración de no ser conforme a derecho un acto o una disposición administrativa y determinan su anulación ( apartado 1 del artículo 31 de la LJCA).Y las pretensiones de plena jurisdicción son las que pretenden el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios (apartado 2 del mismo artículo).

Conviene recordar que, respecto de las pretensiones de plena jurisdicción, antes de solicitar que se restablezca una situación o que se indemnice un determinado daño, ha de solicitarse en primer lugar la anulación del acto o disposición por no ser conforme a Derecho.

En este sentido, esta Sala viene declarando, así sentencia de 11 de abril de 2011 -recurso de casación núm. 3101/2009-, que:

"(...) parece necesario recordar que las sentencias estimatorias tienen eficacia de cosa juzgada y producen efectos directos en el ámbito de las relaciones jurídico- materiales. Si bien, para la determinación de su ámbito subjetivo, resulta necesario distinguir aquellas que acogen pretensiones de anulación de aquellas otras que acogen pretensiones de plena jurisdicción.

En las primeras, el fallo se limita a declarar no ser conforme a Derecho y, consecuentemente, a anular total o parcialmente el acto o la disposición general impugnada. En las segundas, la parte dispositiva reconoce, además, una situación jurídica individualizada, esto es alguna titularidad básica (derecho subjetivo) o, al



menos, subordinada adoptando, en su caso, cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma [ arts. 31.2 y 71.1 .b) LJCA]”.

El contenido de las pretensiones de plena jurisdicción a que se refiere el artículo 31.2 de la LJCA puede tener el contenido siguiente: - el reconocimiento de una situación jurídica individualizada; - la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma; y - la indemnización de los daños y perjuicios. Pero siempre, en el bien entendido, que son consecuencia, en todo caso, de la estimación de un vicio de invalidez, es decir, son subsiguientes a la estimación de la pretensión de anulación.

Esta pretensión de indemnización se ha de formular como un complemento a una acción de anulación y, por tanto, puede plantearse por primera vez en el recurso contencioso-administrativo al formular la pretensión. Esta es la diferencia principal de la pretensión de nulidad, con la acción de responsabilidad patrimonial, pues esta acción de responsabilidad necesita que haya sido planteada previamente en vía administrativa y el fundamento de la misma radica en que el administrado no tiene el deber de soportar el daño que ha ocasionado una actuación administrativa que puede ser conforme a Derecho.

En el sentido indicado se pronuncia esta Sala cuando declara, en sentencia de 16 de marzo de 2009 -recurso de casación núm. 7679/2005-, que

"(...) la pretensión de indemnización de daños y perjuicios puede hacerse directamente ante el tribunal de lo contencioso-administrativo en aquellos casos en que sea el único medio de restablecer plenamente la situación jurídica que el acto administrativo o la vía de hecho perturbaron, pero cuando se articula como cuestión principal, sin ningún vínculo directo con la actuación impugnada, resulta necesaria la previa formulación de la petición en vía administrativa)".

Es la diferencia entre la pretensión de indemnización del artículo 31.2 de la LJCA y la acción de responsabilidad del artículo 139 y siguientes de la entonces Ley 30/1992.

La pretensión de indemnización, en definitiva, se funda en el restablecimiento general del orden jurídico que se ha vulnerado por el acto anulado porque adolecía de un vicio de invalidez. Dicho de otro modo, la reposición del estado de cosas a la situación anterior a la perturbación realizada por la actuación administrativa anulada puede exigir, y en eso consiste esta pretensión, en una indemnización por los perjuicios generados. Por tanto, para que se estime esta pretensión basta que se anule la actuación administrativa impugnada y que la misma haya causado perjuicios reales y efectivos.

Y, en sentencia de 17 de abril de 2015 -recurso núm. 309/2013-, se dijo:

"TERCERO.- (...) Tampoco procede la estimación de esta causa porque la pretensión contenida en el apartado segundo del suplico de la demanda, se entiende realizada para el caso de la estimación del recurso, por lo que se hace al amparo del artículo 31.2 de la LJCA, pues se trata, mediante la indemnización solicitada, del restablecimiento de la situación jurídica conculcada por una norma incluida en el plan impugnado, y para el caso de que sea declarada nula mediante la estimación del recurso.

CUARTO.- La tercera causa de inadmisión, por el contrario, ha de ser acogida, pues en el apartado tercero del suplico de la demanda, se solicita una indemnización para el caso de la desestimación del recurso. Se señala como fundamento de tal pretensión que la norma impugnada comporta una " *privación de sus derechos sobre aguas privadas*".

No puede admitirse dicha pretensión porque no se trata de una pretensión resarcitoria subordinada a la anulación de la norma impugnada, al servicio del pleno reconocimiento de una situación jurídica individualizada. No. Al contrario, tal indemnización se solicitaba para el caso de que no se estimara la nulidad de la norma impugnada. En otras palabras, es una pretensión autónoma, al esgrimirse de forma desvinculada, y no ligada, a la nulidad del plan recurrido. De manera que no se trataba de una pretensión del artículo 31.2 de la LJCA que pretende, precisamente, el restablecimiento de la situación jurídica individualizada.

Conviene recordar que la petición de indemnización puede constituir, como señala la STS de 7 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación nº 5125/1999, una pretensión básica y autónoma como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos ( artículos 106.2 CE, 40 de la LRJAE, 139 y siguientes de la LRJ y PAC y RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial); pero también puede ser una pretensión accesoria y subordinada a la de la de anulación del acto, teniendo en cuenta que, en ocasiones, la indemnización de los daños y perjuicios puede suponer la única medida posible, para lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada, por el acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico.



La consecuencia de lo anterior es la inadmisibilidad de esa pretensión, pues no puede accederse a una indemnización de tal naturaleza, por no haberse acudido a la vía previa, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, regulada en los artículos 139 a 142 de la Ley 30/1992".

Pues bien, hechas las anteriores consideraciones, basta la lectura de la súplica de la demanda para llegar a la conclusión sostenida por la sentencia recurrida, cuyo fundamento de derecho quinto, párrafo segundo, antes transcrito, es nítido y preciso para rechazar la petición indemnizatoria.

En primer lugar, solicita que se anule el acto presunto desestimatorio y la petición subsidiaria sería que, de no poderse anular, se le indemnice, en concepto de daños y perjuicios por la misma cantidad que habría recibido a través de la subvención.

Si la primera, la pretensión de plena jurisdicción, puede ir indisolublemente unida a la pretensión anulatoria, la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial, articulada al margen de la nulidad o no del acto impugnado, y simplemente desde una perspectiva puramente objetiva ligada al funcionamiento de la Administración y por un daño antijurídico que no existe obligación de soportar, ha de ser objeto específico de una petición o reclamación en vía administrativa y de un procedimiento específico.

En definitiva, el reconocimiento de aquella solicitud de indemnización de daños y perjuicios debe ser consecuencia de la anulación del acto administrativo impugnado, lo que no ha ocurrido aquí.

En consecuencia, procede también desestimar este motivo".

En definitiva, por un lado no constando una petición concreta o reclamación en vía administrativa y conforme a su procedimiento específico y, por otro lado, rechazada la nulidad del Acuerdo impugnado, debe también desestimarse la pretensión indemnizatoria anudada a la misma.

#### **SEXTO.- Sobre las costas.**

Al desestimarse el presente recurso contencioso-administrativo procede imponer a la parte recurrente las costas procesales ( artículo 139.1 de la LJCA en su versión entonces vigente).

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley, se determina que el importe de las costas procesales, por todos los conceptos, no podrá rebasar la cantidad de 4.000 euros más el IVA que corresponda, a favor del Abogado del Estado y otros 4.000 euros a favor de la otra parte -Parque Marítimo Anaga, S.A.-; sin que, a pesar de la insistencia de la Abogacía del Estado, esta Sala considere que deba tener en cuenta ni pronunciarse sobre las acusaciones de fraude procesal y la pretendida relación entre Grupo Inmobiliario Bricansa, S.A. y Parque Marítimo Anaga y sus posibles vínculos societarios.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 198/2015 interpuesto por Grupo Inmobiliario Bricansa, S.A., contra el Acuerdo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declara excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto "Protección del frente litoral de San Andrés". Con imposición de las costas a la parte recurrente, con el límite que fijamos en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.