



Roj: **SAN 2876/2014 - ECLI:ES:AN:2014:2876**

Id Cendoj: **28079230012014100232**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2014**

Nº de Recurso: **486/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2876/2014,**
STS 222/2016

SENTENCIA

Madrid, a tres de junio de dos mil catorce.

Vistos por esta *Sección Primera* de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional los autos del recurso contencioso-administrativo número 486/2012, interpuesto por el Procurador don Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de Leopoldo , don Patricio , don Sixto , don Carlos Francisco , don Pedro Jesús y don Arsenio , en cuya defensa ha intervenido el Abogado don **Marcelino Abraira Piñeiro** , contra la resolución de fecha 16 de octubre de 2009 del Director General del Agua, dictada por delegación del Secretario de Estado de Medio Rural y Agua, sobre aprobación de Anteproyecto y Estudio de Impacto Ambiental de la EDAR Este de Gijón (Asturias). Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante escrito presentado el 7 de octubre de 2010, acordándose por decreto de 17 de diciembre de 2010 admitir a trámite el recurso y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 16 de noviembre de 2011, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria de su pretensión y se declare la nulidad de pleno derecho del acto impugnado, o, subsidiariamente, su anulabilidad, declarando que la opción del Pisón como la mejor ubicación para la EDAR es contraria a Derecho, prohibiendo la instalación en tal lugar, junto con el resto de pronunciamientos inherentes a tal declaración, con condena en costas a la Administración demandada.

Las alegaciones de la parte demandante en defensa de su pretensión son, en síntesis, las siguientes:

1.- Nulidad del acto administrativo impugnado o, subsidiariamente, anulabilidad por infracción de los artículos 1.3 , 7 , 8.3 y 12.2 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, por incumplimiento de los plazos previstos, por lo que afecta a los dos últimos preceptos, habiéndose producido una incorrecta, sesgada y parcial valoración de las distintas alternativas existentes para la ubicación de la EDAR, como acreditan los informes periciales.

La opción del Pisón escogida - Alternativa C (La Plantona)- es la de mayor impacto ambiental de las cuatro alternativas existentes, tal y como acredita con los informes periciales aportados con el escrito de demanda, elaborados por el profesor titular de Ecología de la Universidad de Cantabria, don Epifanio , y por el profesor



don Gines , quien actuó como perito judicial en otro proceso y muestra su acuerdo con el informe del Sr Epifanio , que considera como alternativa más adecuada la señalada como Alternativa B (Cagonera).

Sostiene con apoyo en los informes que se han empleado criterios para comparar las diferentes alternativas que son irrelevantes, como el clima, la micología y la calidad del agua, al no tener capacidad de discriminación entre las diferentes alternativas, pues todas ellas alcanzan la misma valoración en relación con aquellos; otros poco relevantes como la geología y la calidad del aire, que no pueden tener la misma relevancia que aquellos que afectan a la calidad de vida de los ciudadanos (sonoridad, olores o geografía). El criterio del paisaje se ha empleado de forma poco correcta, tratándose de un espacio urbano y al hallarse en el proyecto la EDAR soterrada. De modo que los criterios importantes y con propiedad de discriminación quedan disueltos y mermados entre otros que son irrelevantes o de escasa significación.

Además, con sustento en tales informes, considera por lo que respecta a la selección del método de ordenación que el método empleado para ordenar las alternativas no se acredita en la bibliografía científica y específica de Evaluación de Impacto Ambiental, que se clasifican los impactos mediante un sistema que no atiende a lo especificado en la legislación vigente, hay incoherencias en la aplicación del método y errores de cálculo que afectan a la ordenación de las alternativas, el resultado obtenido de ordenación de alternativas por el método de selección empleado no se contrasta con otros métodos, y el método empleado asigna a todos los criterios el mismo peso para establecer el impacto global para cada alternativa y establecer el orden preferencial.

2.- Nulidad del acto impugnado o, subsidiariamente, anulabilidad por infringir la disposición derogatoria única de la Ley 34/2007, de 15 de diciembre, de Calidad del Aire que declara que el RAMINP sigue en vigor en aquellas Comunidades Autónomas que no tienen legislación ambiental en la materia, como Asturias.

3.- Nulidad del acto impugnado o, subsidiariamente, anulabilidad por infringir la jurisprudencia en la materia, que establece que las Comunidades Autónomas pueden regular la materia de medio ambiente, siempre en aras a dotar una mayor protección a la existente, pero nunca al revés, con cita de la SSTS de 27 de junio de 2007 , de 1 de abril de 2004 y de 11 de julio de 2007, concluyendo que en ningún caso la Comunidad Autónoma podría derogar el requisito de la distancia mínima, pasando de 2.000 metros a 0, como ha hecho.

4.- Nulidad del acto impugnado o, subsidiariamente, anulabilidad por no cumplirse lo preceptuado en el artículo 45 bis al Real Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril , pues se ampara en un PGOU derogado (1999) y en el de 2006, TR de 2007, que está anulado por el TSJ de Asturias y recurrido ante el TS. Además, aun dando por correcta la nueva norma, para una instalación como la presente precisa de un estudio ambiental que no aparece por sitio alguno, pues la Ley 16/2002 y el Real Decreto 509/2007, exigen una autorización ambiental integrada para la depuración de aguas y en esta caso no existe.

TERCERO.- Mediante auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 27 de septiembre de 2012 , se acordó declarar su incompetencia para conocer del recurso y su remisión a la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional

CUARTO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 15 de marzo de 2013, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia que inadmita o, subsidiariamente, desestime del recurso contencioso-administrativo, confirmándose el acto administrativo impugnado, con expresa condena en costas a la parte actora.

Las alegaciones de la Administración demandada en sustento de su pretensión son, en síntesis, las siguientes:

1.- Inadmisibilidad del recurso al tener por objeto un acto administrativo de trámite que no resulta impugnabile, concretamente la aprobación del anteproyecto y estudio de impacto ambiental, en aplicación del artículo 69 c) en relación con el artículo 25 LJCA , pues el recurso y la demanda van dirigidos contra la DIA, citando en apoyo de su pretensión la STS de 29 de mayo de 2009 .

2.- Partiendo de que, tal y como expone la resolución recurrida, el proyecto no estaba obligado a someterse a una Declaración de Impacto Ambiental, al no estar incluida la actividad en el Anexo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2008, en relación con lo dispuesto en el artículo 3.1 del mismo texto legal , y aunque se sometiera a la misma por su proximidad al límite y para dotar al procedimiento de mayor transparencia, corresponde a la Administración elegir la "opción más recomendable", solución "óptima" o "alternativa óptima", pues los estudios de impacto ambiental se insertan en la discrecionalidad técnica de la Administración, de forma que los criterios recogidos en los mismos no pueden ser desvirtuados y sustituidos por los del órgano judicial, salvo infracción grave del procedimiento o de error evidente en la declaración de impacto ambiental. Añade que la Administración ha cumplido con la tramitación del procedimiento legalmente prevista y ha optado por una alternativa que no puede considerarse arbitraria o irrazonable.



Además, afirma que la resolución recurrida no infringe el artículo 1.3 del Real Decreto Legislativo 1/2008 , pues bajo la rúbrica "Elementos ambientales significativos del entorno del proyecto" describe y evalúa todos lo elementos que dicho precepto exige tener en cuenta.

Afirma también que la resolución recurrida no infringe el artículo 7, letras b), c), d), y f) del Real Decreto Legislativo 1/2008 , tal y como se desprende de lo expuesto en las rúbricas "alternativas", "Integración de la evaluación a) Impactos significativos de la alternativa elegida. Medidas protectoras y correctoras" y "especificaciones para el seguimiento ambiental", alcanzando de forma razonable la conclusión de cual es la alternativa más adecuada desde el punto de vista medioambiental, al ser menor su impacto respecto a las otras.

3.- La resolución impugnada no infringe la Ley 34/2007, pues el artículo 4 de la Ley 11/2006, de 27 de diciembre, de Medidas de Asturias para el año 2007 , deroga la exigencia que suponía el artículo 4 del RAMINP, que hoy está derogado en todo el ámbito estatal por la Ley 39/2007 . De modo que la exigencia de distancias mínimas en materia de instalaciones fabriles o industriales se encuentra derogada expresamente por la Ley autonómica citada.

4.- El proyecto de depuradora no se encontraba sujeto a autorización ambiental integrada, tal y como se desprende del artículo 9 de la Ley 16/2002 , al no hallarse entre las actividades recogidas en su anexo 1

QUINTO.- La cuantía del recurso ha sido fijada como indeterminada, mediante diligencia de ordenación de fecha 21 de junio de 2013. Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó dicho trámite mediante auto de 6 de mayo de 2013, y se ha practicado la prueba admitida de la propuesta por las partes, salvo la ratificación del informe pericial a presencia judicial, con el resultado que consta en los autos. Concluido el término probatorio, se dio traslado a las partes, por su orden, para que formularan conclusiones, trámite que evacuaron mediante la presentación de sendos escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

La parte demandante en su escrito de conclusiones se opuso a la inadmisión del recurso, ya que se ofreció por la resolución recurrida la posibilidad de recurrir por ser un acto de trámite cualificado y la resolución recurrida decide la ubicación de la EDAR, causando perjuicios irreparables a los recurrentes (artículo 107.1 Ley 30/1992 , por lo que la inadmisión conculcaría los artículos 9 , 24 y 103 de la Constitución y el artículo 7 del Código Civil . Además, alegó en apoyo de su pretensión la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de septiembre de 2013 (PO 331/2010).

Por su parte, el Abogado del Estado alega en su escrito de conclusiones que ninguno de los informes periciales aportados por la parte demandante han sido ratificados a presencia judicial y que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de septiembre de 2013 se encuentra recurrida en casación por inaplicar un precepto legal autonómico para lo que carece de jurisdicción, de acuerdo con los artículos 161.1 CE , 27.2 e) LOTC , 1.1 LJCA y 5 y 6 LOPJ , precisando que el RAMINP carece de la condición de legislación básica del Estado en materia de medio ambiente, que en todo caso el Anteproyecto habría justificado la excepcionalidad que justificaría la inaplicación de las distancias mínimas que establecía el artículo 4 de dicho reglamento y que consta en el expediente administrativo el certificado de compatibilidad urbanística emitido por el Ayuntamiento de Gijón que exige el artículo 45 bis del Real Decreto Legislativo 1/2004 de Asturias , y resulta también de las respuestas de la Dirección General del Agua al pliego de preguntas de la demandante y de la resolución recurrida al referirse a la existencia de una reserva de suelo en el PGOU de Gijón destinada a tal fin.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 27 de mayo de 2014, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente el Ilmo. Magistrado don JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la resolución de fecha 16 de octubre de 2009 del Director General del Agua, dictada por delegación del Secretario de Estado de Medio Rural y Agua, que acuerda:

1º) Aprobar el expediente de información pública del Anteproyecto y Estudio de Impacto Ambiental de la EDAR Este de Gijón (Asturias).

2º) Aprobar, a efectos de lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley de Contratos del Sector Público , el Anteproyecto y Estudio de Impacto Ambiental de la EDAR Este de Gijón (Asturias), por un presupuesto base de licitación de 44.242.666,49 euros (sin IVA) y 51.321.493,12 euros (con IVA) y un plazo de ejecución de treinta y



seis (36) meses, haciendo constar que reúne los requisitos exigidos por la Ley de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas. El proyecto de construcción resultante del Anteproyecto deberá contemplar las consideraciones expuestas en la Declaración de Impacto Ambiental.

3º) Encomendar a la Confederación Hidrográfica del Cantábrico la comunicación de la presente resolución a los Ayuntamientos afectados, a los efectos previstos en el artículo 127 del Texto Refundido de la Ley de Aguas .

Como antecedentes relevantes en la resolución del presente recurso contencioso-administrativo conviene destacar los siguientes:

1.- Mediante resolución de 26 de junio de 2009 la Secretaría de Estado de Cambio Climático, a la vista de la propuesta de resolución de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, formuló declaración de impacto ambiental favorable a la realización del proyecto de Depuradora de Aguas Residuales de Gijón Este, seleccionando una concreta alternativa de entre las posibles e imponiendo una serie de condiciones para asegurar que quedara adecuadamente protegido el medio ambiente y los recursos naturales.

La alternativa elegida para su emplazamiento, denominada alternativa C "La Plantona", se ubica junto a la comunidad de propietarios de la Colonia DIRECCION000 , formada por 120 viviendas unifamiliares, y la Feria de Muestras, concretamente al este de la actual planta de pretratamiento, que a su vez se sitúa a menos de 30 metros de la parte más próxima de la citada colonia de viviendas (tal y como consta en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de fecha 13 de febrero de 2001, rec. 393/1999).

2.- Incoado y tramitado el expediente de información pública del anteproyecto objeto de aprobación, que tiene por objeto definir las obras necesarias para la construcción de una estación depuradora de aguas residuales que resuelva la depuración de los vertidos de la cuenca Este de Gijón, se presentaron noventa y nueve alegaciones. Dicho expediente se inició con la publicación del anuncio correspondiente en el Boletín Oficial del Estado de fecha 28 de febrero de 2008, siendo objeto de publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias el 31 de marzo de 2008 y concluyendo el plazo de exposición al público el 6 de mayo de 2008. Elaborado informe técnico del Jefe de Área de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico de 31 de julio de 2008, dando respuesta a las alegaciones presentadas, se emitió informe favorable con fecha 24 de noviembre de 2008 por la Abogacía del Estado y se dio por concluido por el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico el trámite de información pública el 23 de julio de 2009. Posteriormente, se emitió informe de supervisión por la Subdirección General de Infraestructuras y Tecnología con fecha 5 de octubre de 2009.

3.- El presente litigio y la EDAR de Gijón Este presentan cierta relación con el funcionamiento de la Planta de Pretratamiento de aguas integradas en el sistema de saneamiento de la Zona Este de Gijón, sita en el Pisón-Somió, en las proximidades del emplazamiento previsto para aquella, con las condiciones señaladas en el informe de calificación emitido por la Consejería de Fomento del Principado de Asturias, de fecha 16 de enero de 1996, que se autorizó por la resolución del Ayuntamiento de Gijón, de fecha 18 de octubre de 1996. Dicha resolución fue anulada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de fecha 13 de febrero de 2001, rec. 393/1999 , por no encontrarse suficientemente justificada la exención de distancia mínima con el núcleo más próximo de población agrupada que establece el artículo 4 del Reglamento de Actividades Moletas , Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Real Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, en relación con su artículo 15 , confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004, Rec. 2273/2001 .

Mediante resolución del Ayuntamiento de Gijón de 25 de mayo de 2004, se acordó autorizar el funcionamiento de la Planta de Pretratamiento de Aguas integrales en el sistema de saneamiento de la Zona Este de Gijón, con las condiciones señaladas en los informes de calificación remitidos por la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras del Principado de Asturias. Dicha resolución fue anulada, ordenándose la clausura de las Planta de Pretratamiento por sentencia de 25 de julio de 2006 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Gijón, Rec. 192/2004 , por no encontrarse acreditadas circunstancias excepcionales para excluir la distancia mínima de 2000 metros que establecía el RAMINP, confirmada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de junio de 2008, Rec. 115/2008 .

Posteriormente, se declaró por auto por el Juzgado la imposibilidad legal de ejecución tras la Ley 11/2006, de 27 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Tributarias de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2007, que incorpora el artículo 45 bis al Real Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril , que fue confirmado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.



Siendo objeto de recurso contencioso-administrativo el artículo 45 bis al Real Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril, el recurso es inadmitido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, mediante auto de 23 de abril de 2007, confirmado en súplica por otro de 30 de mayo de 2007. Recurridos en casación los autos, recayó sentencia desestimatoria del recurso de 17 de julio de 2009, Rec. 3798/2007, contra la que se interpuso recurso de amparo que fue inadmitido por el Tribunal Constitucional. Contra esta decisión se ha interpuesto demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Mediante resolución del Ayuntamiento de Gijón de 2 de diciembre de 2008 se acordó autorizar el funcionamiento de la Planta de Pretratamiento de Aguas, y según afirma la actora se encuentra recurrida.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen del fondo del asunto hemos de resolver la pretensión de inadmisibilidad del recurso ejercitada por la Administración demandada. Sostiene la Abogacía del Estado que el objeto de este recurso es un acto administrativo de trámite que no resulta impugnabile, concretamente la aprobación del anteproyecto y estudio de impacto ambiental, en aplicación del artículo 69 c) en relación con el artículo 25 LJCA, pues el recurso y la demanda van dirigidos contra la declaración de impacto ambiental.

Según ha establecido la jurisprudencia, las declaraciones de impacto ambiental son actos de trámite simples y no resultan susceptibles de recurso autónomo o independiente de la resolución final del procedimiento de autorización de la obra o actividad. Así, la STS de 13 de marzo de 2012, Rec. 1653/2011, reiterando lo declarado por la STS de 13 de diciembre de 2011, Rec. 545/2011, señala lo siguiente: " *la jurisprudencia de esta Sala [...] ha venido interpretando en forma muy restrictiva la posibilidad de control jurisdiccional de esas declaraciones de impacto medio ambiental, ya que las considera como actos de trámite o no definitivos que se integran, por su naturaleza, como parte de un procedimiento y no son susceptibles de impugnación independiente de la decisión final del mismo. Ciertamente es que, en casos de negativa a emitir las declaraciones de impacto ambiental, las hemos considerado actos de trámite cualificados, susceptibles de impugnación independiente, como declaramos en la sentencia ya citada de 8 de abril de 2011, pero la regla general es su consideración como actos de mero trámite no impugnables. Son de recordar en este sentido las Sentencias de esta Sala, de 17 de noviembre de 1998 (Casación 7742/1997), de 13 de noviembre de 2002 (Casación 309/2000), de 25 de noviembre de 2002 (Casación 389/2000), de 11 de diciembre de 2002 (Casación 4269/1998), de 13 de octubre de 2003 (Casación 4269/1998), de 24 de noviembre de 2003 (5886/1999), de 14 de noviembre de 2008 (Casación 7748/2004), de 23 de noviembre de 2010 (Casación 5395/2006) y de 16 de febrero de 2011 (Casación 4792/2006) "*

Además, precisa la STS de 13 de marzo de 2012, Rec. 1653/2011, que la reciente evolución normativa del régimen jurídico de la declaración de impacto ambiental, que culmina con el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, no exige una reconsideración de la doctrina jurisprudencial relativa a la inimpugnabilidad de las declaraciones de impacto ambiental, consideradas como actos de mero trámite no impugnables por separado, pues dicho texto refundido tuvo por finalidad tan solo regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones legales vigentes en materia de evaluación de impacto ambiental (artículo 82.5 CE) por ser ésta una normativa que había experimentado numerosas modificaciones desde la publicación del Real Decreto, y no introdujo regulación novedosa alguna en el régimen de impugnación.

Por otro lado, tal refundición se limitó a la evaluación de impacto ambiental de proyectos y no incluyó la evaluación ambiental de planes y programas regulada en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

Dicho de otra forma, como afirman las SSTS de 10 de noviembre de 2011, Rec. 4980/2008, y de 7 de octubre de 2011, Rec. 5345/2007, con cita de numerosos precedentes, la Declaración de Impacto Ambiental tiene un carácter instrumental o medial en relación con la decisión final de llevar a cabo un determinado proyecto, de donde se deriva que no se trata de un acto administrativo definitivo, ni de un acto de trámite cualificado que pueda ser impugnado de modo autónomo en vía jurisdiccional (artículo 25.1 de la LJCA), por lo que únicamente puede ser impugnado con motivo de la impugnación que se dirija contra el acto administrativo que ponga fin al procedimiento o, lo que es lo mismo, los vicios de que adolezcan han de alegarse como motivos de la impugnación de la decisión final del procedimiento que aprueba el correspondiente proyecto u obra.

De entre tales precedentes destaca la STS de 17 de noviembre de 1998, Rec. 7742/1997. En esta última Sentencia, fundamento cuarto, se declaró que cuando << *Se trata pues de analizar la naturaleza jurídica de la Declaración de Impacto Ambiental, para lo cual conviene ante todo contemplar su regulación en el Derecho Comunitario y en las normas de nuestro Derecho Interno que han hecho transposición de sus determinaciones. (...) A) La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/337/CEE, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medioambiente, no impone a los Estados miembros un tratamiento jurídico-procesal de tales evaluaciones que permita su control jurisdiccional autónomo o desligado del que quepa abrir contra la resolución autorizatoria del proyecto; ni*



impone tampoco lo contrario. La autonomía procesal de los Estados miembros en ese aspecto queda incólume, limitándose las obligaciones que el Derecho Comunitario les impone, en lo que ahora importa, al necesario sometimiento de determinados proyectos a una previa evaluación de su repercusión sobre el medio ambiente, y a la necesaria toma en consideración de ella en el marco del procedimiento de autorización. Destaca aquélla en consecuencia, como es lógico, la relación existente entre la evaluación y la toma de decisión sobre la realización del proyecto, haciéndolo en términos suficientemente indicativos del carácter instrumental o medial de la primera respecto de la segunda. (...) B) La transposición de dicha Directiva a nuestro Derecho interno se llevó a cabo a través del Real Decreto Legislativo número 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, cuya normativa se desarrolla en el Reglamento para su ejecución, aprobado por Real Decreto número 1131/1988, de 30 de septiembre. De ese conjunto normativo fluye la idea de que la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA, en lo sucesivo) constituye una técnica singular que introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente (preámbulo del Real Decreto Legislativo en el inciso primero de su párrafo segundo), que supone y garantiza una visión más completa e integrada de las actuaciones sobre el medio en que vivimos (preámbulo del Real Decreto, en su párrafo segundo) y, en definitiva, una mayor reflexión en los procesos de planificación y de toma de decisiones (ídem); se trata de tener en cuenta a priori las incidencias que puedan derivarse de los procesos técnicos de planificación y de decisión, de tal manera que no se ejecute ninguna actividad que conlleve incidencias notables, sin que previamente se haya realizado un estudio evaluatorio de las mismas (preámbulo de la norma reglamentaria, en su párrafo tercero). (...) (...) Resultan así, de aquel conjunto normativo, dos conclusiones que en buena lógica parecen imponerse, importantes sin duda para decidir sobre la cuestión que se examina: una de ellas es que la DIA no se configura propiamente como un acto autorizatorio más, que en concurrencia con otro u otros haya de obtenerse para que el proyecto pueda ser llevado a cabo; éste, en lo que ahora importa, queda sujeto a un único acto autorizatorio que integrará en su contenido las determinaciones de la DIA o del Consejo de Ministros u órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, según que no exista o exista aquella discrepancia (son las condiciones medioambientales que al final resulten, bien directamente de la DIA, bien de la decisión resolutoria de la discrepancia, las que han de formar un todo coherente con las exigidas para la autorización del proyecto - art. 18.2 del Real Decreto - y las que tendrán el mismo valor y eficacia que el resto del condicionado de la autorización - art. 27 de dicha norma reglamentaria-); y otra, que el contenido de la DIA no constituye, por tanto, la decisión última de la Administración, ni acerca de la conveniencia de ejecutar el proyecto, ni acerca tampoco de las condiciones medioambientales a que haya de sujetarse. En la misma línea, no parece que deba olvidarse como elemento interpretativo, pese a su menor valor, el término de "trámite" que en varias ocasiones se emplea en aquel Real Decreto Legislativo para referirse a la EIA; así, en el párrafo penúltimo del preámbulo, en el artículo 9.1 y en la Disposición Adicional Segunda >>.

Como decíamos, sólo como excepción se han considerado impugnables autónoma y separadamente de la resolución final del procedimiento autorizatorio de la obra o actividad aquellas resoluciones en las que se decide no someter a evaluación de impacto ambiental un determinado proyecto; y ello porque esa decisión produce un efecto inmediato, la ausencia de evaluación, y se adopta con criterios propios e independientes, no integrándose en la decisión aprobatoria del proyecto (SSTS de 10 de noviembre de 2011 , Rec. 4980/2008, de 23 de enero de 2008 , Rec. 7567/2005 , y de 13 y 27 de marzo de 2007 , Rec. 1717/2005 y 8704/2004 , respectivamente).

No obstante, como excepción a lo hasta ahora expuesto, en la citada sentencia de 13 de diciembre de 2011, Rec. 545/2011 , se declaraba la posibilidad de impugnar una declaración de impacto ambiental en el momento en el que se recurre también la autorización ambiental integrada , dictada en aplicación de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

La doctrina jurisprudencial expuesta, pese a lo afirmado por la Abogacía del Estado, no constituye obstáculo alguno, más bien al contrario, para la admisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo. Tal consideración se sustenta en la naturaleza del acto administrativo recurrido que, por lo que ahora nos interesa, tiene por objeto la aprobación tanto del expediente de información pública del Anteproyecto y Estudio de Impacto Ambiental de la EDAR Este de Gijón (Asturias), como del Anteproyecto y Estudio de Impacto Ambiental de la EDAR Este de Gijón, por un presupuesto base de licitación de 44.242.666,49 euros (sin IVA) y 51.321.493,12 euros (con IVA) y un plazo de ejecución de treinta y seis (36) meses, declarando que el proyecto de construcción de la estación depuradora de aguas residuales resultante del Anteproyecto deberá contemplar las consideraciones expuestas en la Declaración de Impacto Ambiental.

Tal y como dispone el artículo 105 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), aplicable al caso *ratione temporis*, la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato, cuya aprobación corresponderá al órgano de contratación salvo que tal competencia esté específicamente atribuida a otro órgano por una norma jurídica. Asimismo, en los supuestos de contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras, con carácter general, deberá ir precedido



del correspondiente anteproyecto o documento similar, redactado por la Administración o entidad contratante, según dispone el artículo 108.2 LCSP, al que habrá de sujetarse la celebración del contrato de elaboración del proyecto y ejecución de las obras subsiguiente.

Por consiguiente, en tanto que el acto administrativo recurrido supone la aprobación del anteproyecto expresado y simultáneamente condiciona los términos del proyecto de construcción resultante de aquel que elaborará el contratista, previa celebración del correspondiente contrato, imponiéndole las consideraciones expuestas en la Declaración de Impacto Ambiental, ha de considerarse un acto de trámite del procedimiento administrativo de contratación, concretamente de la fase preparatoria del contrato de obras, con sustantividad propia y susceptible de impugnación, en la que, sin duda, cabe esgrimir los vicios de que adolezca la declaración de impacto ambiental.

La anterior afirmación se sustenta en lo dispuesto en el artículo 107.1, párrafo primero, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), por cuanto el acto administrativo recurrido predetermina directamente en parte el contenido del proyecto de obras y, por tanto, decide el fondo del asunto, resultando susceptible de causar perjuicios irreparables a derecho o intereses legítimos.

El hecho de que con fecha 18 de junio de 2012 se haya dictado resolución de la Dirección General del Agua que aprueba el proyecto y ejecución de las obras de la EDAR este de Gijón, tal y como se indica en las respuestas al pliego de preguntas presentado por la parte demandante para su respuesta por el Ministerio de Medio Ambiente, no desvirtúa el anterior razonamiento.

Conviene destacar al respecto que la Abogacía del Estado centra su alegación de inadmisibilidad en que el recurso, en realidad, se dirige contra la declaración de impacto ambiental, no contra la aprobación del anteproyecto. Afirmación que, aunque resulta ajustada a la realidad, no constituye obstáculo alguno para que en el recurso interpuesto contra el acto de aprobación del anteproyecto se esgriman los motivos de impugnación que fueren predicables de la declaración de impacto ambiental, considerada un mero acto de trámite del mismo procedimiento, no impugnabile separadamente, tal y como preceptúa el artículo 107.1, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA).

En análogo sentido se ha pronunciado ya esta Sala en su auto de seis de marzo de 2014, Rec. 251/2012, citando algunos otros precedentes donde esta Sala había admitido la impugnación de actos administrativos de aprobación de anteproyectos como el que ahora nos ocupa.

Por lo expuesto, procede rechazar la inadmisión del recurso instada por la Abogacía del Estado en representación de la Administración demandada.

TERCERO.- Abordando ya el examen del fondo del recurso y alterando el orden de exposición de los motivos de impugnación de la parte demandante, procederemos, en primer lugar, a examinar la infracción de la disposición derogatoria única de la Ley 34/2007, de 15 de diciembre, de Calidad del Aire que declara que el RAMINP sigue en vigor en aquellas Comunidades Autónomas que no tienen legislación ambiental en la materia, como Asturias, que aquella parte denuncia y atribuye a la resolución recurrida. La razón estriba en que para el caso de apreciarse tal infracción resultaría innecesario proceder al examen de la conformidad a derecho de la declaración de impacto ambiental aprobada, en virtud de la cual se justifica en emplazamiento de la EDAR de Gijón Este, cuestionada por la parte demandante.

Alega en sustento de su pretensión la actora la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 10 de septiembre de 2013, Rec. 331/2010. Esta sentencia estima aplicable en el Principado de Asturias el RAMINP y, más concretamente, sus artículos 4 y 15, y, por ende, la distancia mínima de 2.000 metros a contar desde núcleo más próximo de población agrupada que han de respetar las industrias fabriles que deban ser consideradas como peligrosas o insalubres, sin perjuicio de que tal regla no resulte aplicable cuando así se justifique debidamente, excepción que no aprecia la actora en el caso enjuiciado.

Además, este motivo de impugnación del acto administrativo recurrido se encuentra inseparablemente ligado a otro, fundado en la denuncia de infracción de la jurisprudencia, que establece que las Comunidades Autónomas pueden regular la materia de medio ambiente, siempre en aras a dotar una mayor protección a la existente, pero nunca al revés, por lo que ambos motivos de impugnación deben examinarse y ser objeto de respuesta conjunta.

Frente a ello, opone la Abogacía del Estado que el artículo 4 de la Ley 11/2006, de 27 de diciembre, de Medidas de Asturias para el año 2007, derogó la exigencia que suponía el artículo 4 del RAMINP, que hoy está derogado



en todo el ámbito estatal por la Ley 34/2007 . De modo que la exigencia de distancias mínimas en materia de instalaciones fabriles o industriales se encuentra derogada expresamente por la Ley autonómica citada.

La relevancia de la sentencia citada radica en que la resolución administrativa objeto de recurso en aquel proceso resultó ser la misma que ha sido recurrida en el recurso que ahora nos ocupa.

Ambos procesos y otros mas, aun pendientes de resolución en esta Sala -procedimientos ordinarios 17/2012, 104/2012, 157/2012 y 487/2012-, suscitan el debate acerca de la aplicación en el Principado de Asturias del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (RAMINP), en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Asturiana 11/2006, de 27 de diciembre , y en la disposición derogatoria única de la Ley 34/2007, de 15 de diciembre, de Calidad del Aire.

La disposición derogatoria única, apartado primero, de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, establece en su apartado primero lo siguiente:

"1. Queda derogado el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre.

No obstante, el citado Reglamento mantendrá su vigencia en aquellas comunidades y ciudades autónomas que no tengan normativa aprobada en la materia, en tanto no se dicte dicha normativa".

Por su parte el artículo 4 del RAMINP establece en relación con las actividades contempladas en el citado reglamento lo siguiente: *"Estas actividades deberán supeditarse, en cuanto a su emplazamiento, a lo dispuesto sobre el particular en las Ordenanzas municipales y en los Planes de urbanización del respectivo Ayuntamiento, y para el caso de que no existiesen tales normas, la Comisión Provincial de Servicios Técnicos señalará el lugar adecuado donde haya de emplazarse, teniendo en cuenta lo que aconsejen las circunstancias especiales de la actividad de que se trate, la necesidad de su proximidad al vecindario, los informes técnicos y la aplicación de medidas correctoras. En todo caso, las industrias fabriles que deban ser consideradas como peligrosas o insalubres, sólo podrán emplazarse, como regla general, a una distancia de 2.000 metros a contar del núcleo más próximo de población agrupada".*

No obstante, en su artículo 15 establece una excepción a esta regla general, en los siguientes términos: *"Sólo en casos excepcionales podrá autorizarse, previo informe favorable de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, un emplazamiento distinto del que, según el artículo 4 de este Reglamento, haya de venir impuesto por las Ordenanzas municipales y Planes de Urbanización, respecto de las industrias fabriles".*

Ahora bien, resulta de singular relevancia en la resolución de la cuestión controvertida la modificación que el artículo 4 de la Ley 11/2006, de 27 de diciembre , de medidas presupuestarias, administrativas y tributarias de acompañamiento a los presupuestos generales para el año 2007 del Principado de Asturias, introdujo sobre el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril. Dicho precepto legal, por lo que ahora nos interesa, crea una nueva Sección 6ª en el texto refundido, denominada «Autorizaciones y licencias ambientales», dentro del capítulo primero, «Tipología de los instrumentos de ordenación del territorio», y añade un nuevo artículo 45 bis, «Compatibilidad urbanística en las autorizaciones y licencias ambientales», ubicado en la citada Sección 6ª del capítulo primero, con el siguiente tenor:

"Artículo 45 bis. Compatibilidad urbanística en las autorizaciones y licencias ambientales.

1. Las actividades con incidencia ambiental que estén legalmente obligadas a obtener una Autorización Ambiental Integrada, de conformidad con lo previsto en la Ley 16/2002, de 1 de julio , de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, o que estén clasificadas y requieran una licencia de actividad de conformidad con lo previsto en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, deberán ser compatibles con el planeamiento urbanístico vigente, lo que deberá quedar acreditado en el expediente ambiental que tramite la Administración competente mediante la emisión de un certificado de compatibilidad urbanística por parte del Ayuntamiento en cuyo territorio se pretenda ubicar la instalación.

El certificado de compatibilidad urbanística a que se refiere el presente artículo es independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible en virtud de lo establecido en la normativa urbanística y, en consecuencia, no prejuzga la actuación del órgano municipal competente con motivo de estas últimas autorizaciones o licencias.

En todo caso, si el certificado emitido por el ayuntamiento es negativo, el órgano ambiental competente dictará resolución motivada poniendo fin al procedimiento y archivará las actuaciones, siempre y cuando, con independencia del momento en que haya sido emitido, el informe haya sido recibido por el citado órgano con anterioridad a la resolución del procedimiento.



2. En la tramitación de la autorización o licencia ambiental que corresponda para cada actividad, y como norma adicional de protección, el órgano ambiental competente verificará la compatibilidad urbanística a que se refiere el punto anterior, comprobará que el emplazamiento concreto y las condiciones del medio ambiente local hagan viable el desarrollo de la actividad, con las condiciones de diseño, construcción y explotación que particularmente se determinen, y exigirá que se adopten, mediante la aplicación de las mejores técnicas disponibles, las medidas adecuadas para prevenir la contaminación de tal modo que se asegure la inocuidad de la instalación o, en todo caso, el respeto a los valores límite de emisión establecidos en la normativa ambiental para garantizar los objetivos de calidad del aire, el agua y los suelos. Queda sin aplicación en el ámbito territorial del Principado de Asturias la exigencia de que las instalaciones fabriles insalubres o peligrosas se alejen 2.000 metros del núcleo más próximo de población agrupada, impuesta por los artículos 4, 15 y 20 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre".

Por tanto, esta norma con rango de Ley, emanada del Principado de Asturias, acuerda dejar sin aplicación en el ámbito territorial de tal comunidad autónoma la exigencia de que las instalaciones fabriles insalubres o peligrosas se alejen 2.000 metros del núcleo más próximo de población agrupada, impuesta por los artículos 4, 15 y 20 del RAMINP.

Ciertamente, tal y como se sostiene en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, antes citada, dada la distribución de competencias que establece la Constitución en materia de medio ambiente, donde las Comunidades Autónomas tienen atribuida la facultad de establecer normas adicionales de protección (artículo 149.1.23ª CE), cabría afirmar, como hace la jurisprudencia, que el apartamiento del artículo 4 del RAMINP en el territorio de una Comunidad Autónoma "exigirá que la normativa propia de esta la haya sustituido, sin duda alguna, por otra cuya potencialidad protectora no sea menor" (SSTS de 23 de noviembre de 2011 , Rec. 4308/2008, de 7 de octubre de 2009 , Rec. 1570/2005 , y de 1 de abril de 2004 , Rec. 5921/2001 , entre otras). De modo que la legislación autonómica solo desplazaría el RAMINP, al que se reconoce materialmente el estatus propio de la normativa básica, cuando estableciera un nivel superior de protección ambiental en relación con el proyecto de que se trate, prevaleciendo en caso contrario la norma mínima estatal de protección ambiental.

Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial ha sido matizada por la STS de 21 de marzo de 2012, Rec. 5651/2008 , que presenta singular interés en relación con esta cuestión, al decidir sobre la aplicación en Navarra del RAMINP tras la Ley Foral 4/2005. Esta Ley excluía la aplicación en esa Comunidad Foral del citado reglamento, al tiempo que ofrecía en su conjunto un mejor régimen de protección frente a las actividades susceptibles de alterar las condiciones del medio ambiente o de producir riesgos de afecciones para el medio ambiente, la seguridad o salud de las personas y sus bienes que la calificada como "trasnochada, raquítica e inoperante técnica de la distancia" del RAMINP. Afirma la sentencia lo siguiente:

"El carácter básico del artículo 4 del Decreto 2414/1961 no ha sido proclamado por legislación post-constitucional en materia de medio ambiente. Ha sido nuestro Tribunal Supremo el que en no pocas sentencias (las citadas por la recurrente) ha atribuido a dicha disposición el carácter de mínimo o básico.

Así, el Alto Tribunal ha vinculado el carácter básico de la normativa estatal sobre medio ambiente a la fijación de niveles de protección mínimos susceptibles de desarrollo o adaptación por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias (sentencia de 8 de Mayo de 2001).

Por lo que respecta a Navarra también vimos como el TS declaró la aplicación del RMINP aún después de la entrada en vigor de la Ley Foral 16/1989 (sentencia de 19 de Julio de 2004 que revocó la dictada por esta Sala el 9-3-2001 en el recurso nº 1004/1998 y sentencia de 27 de Junio de 2007 que revocó la dictada por esta Sala en el recurso nº 35/2002 con fecha 18 de Julio de 2003) .

Pero en todas esas sentencias el carácter de norma mínima del RMINP se afirma por comparación de su contenido con el contenido de la legislación autonómica atendidos los títulos de distribución de competencias en la materia entre el Estado y la Comunidad Autónoma (v.g. en la Sentencia de 1 de Abril de 2004 en relación a la legislación medio-ambiental y sanitaria de la Comunidad de Castilla León).

Por razones de aplicación temporal de las leyes y no sólo por vinculación a los motivos del recurso de casación el Tribunal Supremo no se pronunció en las sentencias de referencia sobre el carácter básico del RMINP en relación con normativa estatal posterior a la que era de aplicación en los expedientes de autorización de actividades clasificadas cuya resolución fue objeto del recurso contencioso-administrativo.

Nos referimos, en particular, a la Ley 16/2002 de 1 de Julio de prevención y control integrados de la contaminación y a la Ley 37/2003 de 17 de Noviembre del ruido.

Estas normas lejos de proclamar el carácter básico del RMINP -¡a buenas horas!- tal como exige la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a normas reglamentarias preconstitucionales (sentencias 1/2003 de 16 de



Enero y 109/2003 de 5 de Junio citadas por la Administración demandada) contemplan la aplicación de dicho Reglamento y de la normativa autonómica en la materia en términos disyuntivos, tan propios de la cláusula de supletoriedad (v.g. la disposición derogatoria de la Ley 34/2007 citada más arriba) como impropios de la relación entre legislación básica del Estado y legislación de desarrollo de la Comunidad Autónoma.

Nos estamos refiriendo a los artículos 12.1.a) y 29 de la Ley 16/2002 y 18.1 .c) de la Ley 37/2003 citados y transcritos por la misma demandada en sus escritos de contestación y conclusiones.

Puestos en ese contexto normativo entendemos que sin quiebra, en absoluto, de la doctrina esbozada del Tribunal Supremo se puede llegar a la conclusión de que la disposición derogatoria (apartado 1) de la Ley 34/2007 no es sino la constatación de la premoriencia del Reglamento MINP como norma estatal de carácter básico.

El Tribunal Constitucional a propósito de las normas preconstitucionales ha distinguido entre el concepto formal y el concepto material de las bases ex artículo 149-1 de la Constitución . Y así ha dicho que las normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ellas calificadas como tales (lo cual sería consecuencia lógica de una noción formal de base) sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido o estructura (sentencias de 28-1-1982 ; 11-5-1989 ; 6-5 - 1993 ; 27-6-1996 ; etc.).

Así, no ha sido obstáculo al reconocimiento del carácter básico del Reglamento MINP el hecho meramente formal de que no estuviese declarado como tal por ley postconstitucional.

Por la misma razón, pero al revés, no era necesario esperar a la derogación del Reglamento MINP para que el mismo perdiera su status de norma básica reconocida por la doctrina legal de constante e ineludible mención.

Alcanzó ese status en razón a su contenido y lo ha perdido cuando ese contenido se ha diluido en la legislación estatal más reciente, sino antes como un azucarillo en un vaso de agua.

Así las cosas la disposición derogatoria de la Ley 34/2007 no tiene más valor que el declarativo de un acto de defunción, vs. un valor de interpretación auténtica sobre el carácter de la norma derogada antes de su derogación (artículo 3-1 del Código Civil).

Dicho con otras palabras: el Reglamento MINP no ha dejado de ser norma -básica- de aplicación directa en Navarra por virtud de la precitada disposición derogatoria, sino que perdido "materialmente" dicho carácter esa disposición ha venido a sancionar tal efecto.

Desde luego, una norma reglamentaria como el RMINP que no adquirió el carácter de básica por virtud de una declaración formal de ley no pierde tal carácter por virtud de una declaración de ese rango.

No decimos que hubiera sido derogada tácitamente por normas posteriores y perdida así su vigencia (artículo 2.2 del Código Civil) sino que engullida por otras normas posteriores perdió su status de norma básica y ésto es lo que ha venido a significar la mencionada derogatoria de la Ley 34/2007 al señalar su persistencia únicamente como norma residual o supletoria.

En conclusión, y por lo que hace al caso el artículo 4 del Decreto 2414/1961 no era de aplicación en Navarra a la fecha (5-9- 2005) de presentación de la solicitud de autorización de actividad clasificada, resuelta por el acuerdo recurrido".

No obstante lo expuesto, aun aceptando la vigencia del RAMINP en el Principado de Asturias, como hace la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia citada, no podemos obviar que la inaplicación parcial de dicho reglamento en esta Comunidad Autónoma ha sido establecido por una disposición general autonómica de rango legal, la Ley 11/2006, de 27 de diciembre.

Al respecto, debemos recordar que, como reconoce la doctrina constitucional, "forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ellas de los hechos" (SSTC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5 ; 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10 ; y 58/2004, de 19 de abril , FJ 14)". Así lo afirma el Tribunal Constitucional en sus sentencias 177/2013, de 21 de octubre , y 187/2012, de 29 de octubre , entre otras.

Sin embargo, declara también el Tribunal Constitucional en dichas sentencias lo siguiente: "l os órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo , FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio , FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes , la



inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular -como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución- y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España." (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4 ; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8 ; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3 ; 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9 y 66/2011, de 16 de mayo , FJ 6)"

Por consiguiente, cuando un órgano judicial inaplica una ley postconstitucional vigente sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad incurre en exceso de jurisdicción ex art. 163 CE , en relación con los artículos 35.1 LOTC , 5.2 y 9.4 LOPJ , y 1 y 4 LJCA concordantes sobre el control de leyes, como se colige de las sentencias del Tribunal Constitucional 177/2013, de 21 de octubre , y 187/2012, de 29 de octubre .

Añaden estas sentencias que en tales circunstancias el órgano judicial incurre en preterición del sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar el art. 163 CE como por desconocer la eficacia de una norma legal plenamente vigente, y violación una de las garantías que integran el contenido del proceso debido. Además, afirman que se coloca al recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión, al no tener oportunidad u ocasión de prever, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, tal preterición del sistema de fuentes, y no poder hacer uso del trámite de alegaciones del art. 35 LOTC .

Por consiguiente, no puede esta Sala sin rebasar los límites de su jurisdicción e invadir la propia y exclusiva del Tribunal Constitucional, inaplicar la Ley 11/2006, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y tributarias de acompañamiento a los presupuestos generales para el año 2007 del Principado de Asturias, haciendo prevalecer sobre la misma el artículo 4 del RAMNIP con el estatus de normativa básica, sin perjuicio de que pudiera plantearse cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma ante el Tribunal Constitucional, lo que cabría considerar solo en el caso de que el fallo de la presente sentencia dependiera de su validez, cosa que no ocurre, como veremos más adelante, de conformidad con lo previsto en los artículos 163 CE y 35.1 LOTC .

En consecuencia, procede rechazar los motivos de impugnación examinados pues la aplicación de la legislación autonómica expresada impide exigir entre la obra proyectada y el núcleo de población más cercano la distancia mínima establecida en el RAMINP.

CUARTO.- En relación con la declaración de impacto ambiental aprobada, alega la parte demandante, como motivo de impugnación la nulidad del acto administrativo impugnado o, subsidiariamente, su anulabilidad por infracción de los artículos 1.3 , 7 , 8.3 y 12.2 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, por incumplimiento de los plazos previstos, por lo que afecta a los dos últimos preceptos, habiéndose producido una incorrecta, sesgada y parcial valoración de las distintas alternativas existentes para la ubicación de la EDAR, como acreditan los informes periciales.

Frente a tal motivo de impugnación alega la Abogacía del Estado que, partiendo de que, tal y como expone la resolución recurrida, el proyecto no estaba obligado a someterse a una Declaración de Impacto Ambiental, al no estar incluida la actividad en el Anexo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2008, en relación con lo dispuesto en el artículo 3.1 del mismo texto legal , y aunque se sometiera a la misma por su proximidad al límite y para dotar al procedimiento de mayor transparencia, corresponde a la Administración elegir la "opción más recomendable", solución "óptima" o "alternativa óptima", pues los estudios de impacto ambiental se insertan en la discrecionalidad técnica de la Administración, de forma que los criterios recogidos en los mismos no pueden ser desvirtuados y sustituidos por los del órgano judicial, salvo infracción grave del procedimiento o de error evidente en la declaración de impacto ambiental. Añade que la Administración ha cumplido con la tramitación del procedimiento legalmente prevista y ha optado por una alternativa que no puede considerarse arbitraria o irrazonable.

La respuesta a este motivo de impugnación requiere hacer algunas consideraciones previas relativas a la finalidad de la evaluación de impacto ambiental, su ámbito de aplicación. La evaluación de impacto ambiental ha sido definida por la doctrina como una técnica de protección ambiental de carácter preventivo consistente en un procedimiento compuesto por un conjunto de estudios y sistemas técnicos y abierto a la participación pública, cuyo objeto es posibilitar la evaluación de la autoridad ambiental del impacto o efectos para el medio ambiente de un proyecto de obra o actividad en un informe, denominado declaración de impacto ambiental (DIA), en el que se pronuncia, desde los postulados ambientales, sobre la conveniencia o no de realizar un proyecto y sobre las condiciones en que, en su caso, debe realizarse.

Tal y como afirma la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, la evaluación de impacto ambiental de proyectos constituye el instrumento más adecuado para la preservación de los recursos naturales y la defensa del medio ambiente. Es una técnica que introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente, que resulta eficaz para evitar



las agresiones contra la naturaleza, permitiendo elegir entre las diferentes alternativas posibles, aquella que mejor salvaguarde los intereses generales desde una perspectiva global e integrada y teniendo en cuenta todos los efectos derivados de la actividad proyectada.

En análogos términos se manifestaba la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, derogado por aquel otro texto refundido.

Antes de continuar debe precisarse que el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, se encuentra en el momento presente derogado expresamente por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (disposición derogatoria única), lo que no obsta su aplicación al caso.

El Real Decreto Legislativo 1/2008 se limitaba a refundir las normas vigentes en materia de evaluación de impacto de proyectos, quedando al margen del mismo las disposiciones sobre evaluación ambiental de planes o de programas, contenidas en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

Aquellas normas que refundía traían causa de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente -modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997-, que incorpora el principio de la prevención como uno de los principios básicos que debe informar toda política ambiental, al integrar la evaluación de impacto ambiental en la programación y ejecución de los proyectos de los sectores económicos de mayor importancia, en consonancia con lo que establece el actual artículo 6 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según el cual las exigencias de la protección del medio ambiente deben incluirse en la definición y en la realización de las demás políticas y acciones de la Comunidad con el objeto de fomentar un desarrollo sostenible.

La citada directiva comunitaria considera, entre otros aspectos, que los efectos de un proyecto sobre el medio ambiente deben evaluarse para proteger la salud humana, contribuir mediante un mejor entorno a la calidad de vida, velar por el mantenimiento de la diversidad de especies y conservar la capacidad de reproducción del sistema como recurso fundamental de la vida.

El Real Decreto Legislativo 1/2008 pretendía asegurar la integración de los aspectos ambientales en el proyecto de que se trate mediante la incorporación de la evaluación de impacto ambiental en el procedimiento de autorización o aprobación de aquél por el órgano sustantivo. A estos efectos, se ha de entender por evaluación de impacto ambiental el conjunto de estudios y análisis técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto puede causar sobre el medio ambiente (artículo 2 RDL 1/2008).

Se ocupa el artículo 3 del RDL 1/2008 de establecer qué proyectos deben someterse a evaluación de impacto ambiental antes de ser autorizados. Distingue entre los proyectos, públicos y privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I, que deberán someterse necesariamente a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esa ley (artículo 3.1 RDL 1/2008), y aquellos otros que sólo deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental, cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso (artículo 3.2 RDL 1/2008).

En este último supuesto se encuentran los proyectos públicos o privados consistentes en la realización de las obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo II, y los proyectos públicos o privados no incluidos en el anexo I que pueda afectar directa o indirectamente a los espacios de la Red Natura 2000. Ahora bien, la decisión de someter o no estos proyectos a evaluación de impacto ambiental debe ser motivada y pública, y ajustarse a los criterios establecidos en el anexo III.

Naturalmente, la decisión de la Administración del Estado de someter o no a evaluación de impacto ambiental los proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de las obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo II, y los proyectos públicos o privados no incluidos en el anexo I que puedan afectar directa o indirectamente a los espacios de la Red Natura 2000, que será en todo caso motivada y pública, dependerá de que se estime que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, atendiendo a los criterios comprendidos en el Anexo III.

No se trata, por tanto, de una decisión sujeta al ejercicio de una potestad discrecional, de modo que la Administración pueda elegir válidamente entre una u otra opción, siendo ambas opciones en cada caso concreto válidas y lícitas, a la que resultarían de aplicación las técnicas tradicionales del control de los actos discrecionales, como el control de los hechos determinantes, la motivación, no incurrir en desviación de poder, su adecuación al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (*ex artículos 9.3 , 103.1 y 106.1 de la Constitución*) y el control a través de los principios generales del derecho. Por el contrario, se trata de una decisión sometida al ejercicio de una potestad reglada, al venir determinados todos los elementos de ejercicio de la misma por la Ley y ser posible tan solo una solución justa, sin perjuicio de que dicha decisión



requiera la integración de conceptos jurídicos indeterminados, con el correspondiente margen de apreciación que ello conlleva.

Así lo pone de relieve la normativa comunitaria de la que trae causa el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, concretamente la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, y la jurisprudencia comunitaria recaída en su interpretación y aplicación.

Por lo que respecta al establecimiento de umbrales o criterios para determinar si un proyecto de los del Anexo II debe ser objeto de una evaluación de impacto ambiental, procede recordar que el artículo 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 85/337 confiere a los Estados miembros un margen de apreciación al respecto. No obstante, dicho margen de apreciación se encuentra limitado por la obligación, establecida en el artículo 2, apartado 1, de esa Directiva, de someter a evaluación los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular, debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización (véanse, en este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 1999, WWF y otros, asunto C-435/97, apartado 38 y jurisprudencia citada, la sentencia de 21 de marzo de 2013, petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), asunto C-244/12, apartado 29, la sentencia de 30 de abril de 2009, Mellor, asunto C-75/08, apartado 51, la sentencia de 28 de febrero de 2008, petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Bélgica), asunto C-2/07, apartado 37 de 23, y la sentencia de 23 noviembre de 2006, Comisión contra República Italiana asunto C-486/04, apartado 53 y jurisprudencia citada).

El hecho de que el Estado miembro disponga del margen de apreciación citado, no basta por sí solo para excluir un determinado proyecto del procedimiento de evaluación previsto en la Directiva. De no ser así, los Estados miembros podrían aprovechar el margen de apreciación que les reconoce el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 para liberar a un proyecto específico de la obligación de evaluación, aun cuando pudiera tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización (véase la sentencia de 10 de junio de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, asunto C-87/02, apartado 43)

De modo que del artículo 4, apartado 3, de la Directiva 85/337 resulta que cuando se establezcan umbrales o criterios a los efectos del apartado 2, letra b), del mismo artículo, se tendrán en cuenta los criterios pertinentes de selección previstos en el anexo III de dicha Directiva (véanse la sentencia de 21 de marzo de 2013, petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), asunto C-244/12, apartado 32, y la sentencia de 23 noviembre de 2006, Comisión contra República Italiana asunto C-486/04, apartado 54 y jurisprudencia citada)

De entre los criterios de selección contemplados en el referido artículo 4, apartado 3, el anexo III de la Directiva 85/337 distingue, en primer lugar, las características de los proyectos, que deberán considerarse, en particular, desde el punto de vista del tamaño del proyecto, de la acumulación con otros proyectos, de la utilización de recursos naturales, de la generación de residuos, de la contaminación y otros inconvenientes y del riesgo de accidentes; en segundo lugar, la ubicación de los proyectos, debiendo considerarse la sensibilidad medioambiental de las áreas geográficas que puedan verse afectadas por los proyectos, teniendo en cuenta, en particular, el uso existente del suelo y la capacidad de carga del medio natural, y, en tercer lugar, las características del potencial impacto, en particular, con respecto al área geográfica y al tamaño de la población afectada (véase la sentencia de 23 noviembre de 2006, Comisión contra República Italiana asunto C-486/04, apartado 55 y jurisprudencia citada).

Así, un Estado miembro que estableciera criterios y/o umbrales teniendo en cuenta únicamente las dimensiones de los proyectos, sin tomar en consideración asimismo su naturaleza y su localización, sobrepasaría el margen de apreciación de que dispone en virtud del artículo 2, apartado 1, y del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 (véase la sentencia de 28 de febrero de 2008, petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Bélgica), asunto C-2/07, apartado 38).

Por consiguiente, sea cual sea el método elegido por un Estado miembro para determinar si un proyecto específico requiere o no una evaluación, a saber, la designación de un proyecto específico por vía legislativa o tras proceder a un examen individual del mismo, este método no debe menoscabar el objetivo de la Directiva, que es el de no eximir de la correspondiente evaluación ningún proyecto que pueda tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en el sentido de la Directiva, salvo si una apreciación global permitiera descartar que el proyecto específico excluido pueda tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente (véase la sentencia de 10 de junio de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, asunto C-87/02, apartado 44)



Por tanto, la Administración del Estado tiene la obligación de someter a evaluación los proyectos consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I, y aquellos otros que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular, debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, a que se refiere el Anexo II. La decisión a adoptar en cada caso respecto de los proyectos incluidos en el anexo II del Real Decreto Legislativo 1/2008, dependería de que, atendiendo a los criterios comprendidos en el Anexo III, que resultan acordes a los contemplados en el Anexo III de la Directiva 85/337, se estimara que pudieran tener efectos significativos en el medio ambiente.

Por otro lado, resulta evidente que el procedimiento administrativo previsto en los artículos 16 y 17 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, está destinado a decidir si es necesaria una evaluación de impacto ambiental, ponderando en cada caso concreto las circunstancias y los factores de riesgo concurrentes. Su finalidad no es, por tanto, corregir de forma puntual las objeciones y los riesgos medio ambientales detectados, convirtiéndose así en un cauce alternativo que sustituya dicha evaluación, pues ello desvirtuaría la finalidad perseguida por este procedimiento, intentando sustituir la valoración global de todos estos riesgos y, sobre todo, el análisis de las diferentes alternativas que podrían existir, por una reforma puntual.

Sentado lo anterior, debe reconocerse que en esta decisión y por lo que respecta a los proyectos incluidos en el Anexo II, el órgano medio ambiental goza de un cierto margen de apreciación, pero limitado por la necesaria ponderación, en cada caso concreto, de los criterios del Anexo III, con el fin de establecer la incidencia que la obra puede producir en el medio natural y en el entorno sobre el que se ejecuta.

No obstante, conviene recordar que los criterios contenidos en este Anexo III aparecen referidos tanto a las características de los proyectos, como a su ubicación, en especial por la incidencia en áreas geográficas que puedan verse afectadas por los proyectos, y a las características del potencial impacto, sin olvidar como ha señalado la STJUE (Sala Segunda) de 10 de diciembre de 2009 (asunto C-205/08) " *que, en materia de obligación de evaluación del impacto ambiental, la Directiva 85/337 tiene un ámbito de aplicación extenso y un objetivo amplio (véase la sentencia de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C- 72/95, Rec. p. I-5403, apartados 31 y 39)*".

Pues bien, volviendo al concreto supuesto que nos ocupa, el órgano sustantivo, que no es otro que la Confederación Hidrográfica del Norte, estimó que el anteproyecto se encontraba incluido en el anexo I del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.2, debía someterse a una evaluación de impacto ambiental, que resultaba de aplicación al mismo. Recuérdese que su redacción fue autorizada por resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte de 21 de noviembre de 2005, cuando dicho Real Decreto Legislativo aún se encontraba en vigor, al haber sido derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos. Así se desprende con claridad del anuncio de la Confederación Hidrográfica del Norte sobre información pública del "Anteproyecto y estudio de impacto ambiental de la Estación Depuradora de Aguas Residuales Este de Gijón, T.M. de Gijón (Asturias)", publicado en el BOE de 28 de febrero de 2008.

En el mismo sentido, se pronunció el órgano ambiental en la resolución de 26 de junio de 2009, por la que formula la declaración de impacto ambiental del citado proyecto de depuradora de aguas residuales. Concretamente, la Secretaría de Estado del Cambio Climático afirma que el proyecto a que se refiere se encuentra comprendido en el apartado d del grupo 7 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por lo que de conformidad con lo establecido en su artículo 3.1 fue sometido a evaluación ambiental con carácter previo a su autorización administrativa.

En ambos textos refundidos, en el Grupo 7, denominado "Proyectos de ingeniería hidráulica y de gestión del agua", del Anexo I, se incluye en la letra d) las "Plantas de tratamiento de aguas residuales cuya capacidad sea superior a 150.000 habitantes- equivalentes", por lo que los proyectos relativos a la realización de estas obras deben someterse a una evaluación de impacto ambiental, tal y como establecía el artículo 3.1 de Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, y preveía el artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio.

Así es, el proyecto se define como la construcción de una estación depuradora de aguas residuales para la cuenca este de Gijón, que permitirá verter a través del emisario submarino existente de Peñarrubia, los vertidos de una población equivalente de unos 150.000 habitantes, y habrá de hallarse enterrada. En ella se conserva el pretratamiento existente, asignado a la EPAR conocida como "La Poltrona", que constituye la primera fase de depuración y se incluye un tratamiento secundario por fangos activados y otro terciario en una parte del caudal con desinfección mediante radiación ultravioleta. Este tratamiento terciario permite la obtención de agua con características que posibilitan su reutilización para riego de parques y jardines y limpieza de calles.



Por consiguiente, resulta estéril el debate introducido por la Abogacía del Estado acerca de la innecesariedad de evaluación de impacto ambiental en relación con el proyecto de obras que nos ocupa, identificado como uno de los incluidos en el Anexo I por la Administración demandada, y en todo caso susceptible de ser considerado como uno de los incluidos en el Anexo II, concretamente el relativo a "Plantas de tratamiento de aguas residuales superiores a 10.000 habitantes-equivalentes", letra d) del Grupo 8, que conforme a los criterios de selección del Anexo III, debería también someterse a evaluación de impacto ambiental, de acuerdo los razonamientos expuestos, excluyentes de la existencia de discrecionalidad administrativa en este particular.

Sentado lo anterior, veamos a continuación qué alcance cabe atribuir al control judicial, no ya sobre la decisión de someter un determinado proyecto a evaluación de impacto ambiental, sino sobre el contenido y adecuación al régimen legal de las evaluaciones de impacto ambiental de proyectos, cuya competencia corresponde al llamado "órgano ambiental" de la Administración pública estatal o autonómica de que se trate y, en particular, sobre el estudio de impacto ambiental que comprende, cuyo contenido necesario expresa el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero .

Al respecto, disponía el apartado primero del citado precepto lo siguiente:

"1. Los proyectos que hayan de someterse a evaluación de impacto ambiental deberán incluir un estudio de impacto ambiental, cuya amplitud y nivel de detalle se determinará previamente por el órgano ambiental. Dicho estudio contendrá, al menos, los siguientes datos:

a) Descripción general del proyecto y exigencias previsibles en el tiempo, en relación con la utilización del suelo y de otros recursos naturales. Estimación de los tipos y cantidades de residuos vertidos y emisiones de materia o energía resultantes.

b) Una exposición de las principales alternativas estudiadas y una justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales.

c) Evaluación de los efectos previsibles directos o indirectos del proyecto sobre la población, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el paisaje y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico artístico y el arqueológico. Asimismo, se atenderá a la interacción entre todos estos factores.

d) Medidas previstas para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales significativos.

e) Programa de vigilancia ambiental.

f) Resumen del estudio y conclusiones en términos fácilmente comprensibles. En su caso, informe sobre las dificultades informativas o técnicas encontradas en la elaboración del mismo".

El indudable contenido técnico del citado estudio de impacto ambiental, conduce a tomar en consideración la doctrina jurisprudencial elaborada sobre el control de la discrecionalidad impropia o técnica de las Administraciones Públicas, objeto de especial desarrollo en relación con la actividad de los tribunales u órganos de calificación o valoración en procesos selectivos de diversa índole de las Administraciones públicas.

Las SSTs de 29 de octubre de 2012, rec. 3721/2011 , y 18 de julio de 2012, rec. 870/2011 , con cita de otros precedentes, especialmente la STS de 1 de abril de 2009 , reproducen la doctrina jurisprudencial en materia de la discrecionalidad técnica en los siguientes términos

«Sobre tal cuestión, ya debe decirse que hay una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC), caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE), y cuyas líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue:

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983 , de 16 (sic) de mayo, que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

"Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)"

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también



a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989 , que se expresa así:

"Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE ".

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños".

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre , como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SsTS de 28 de enero de 1992 , recurso 172671990[sic]; de 11 de diciembre de 1995 , recurso 13272/1991 ; 15 de enero de 1996, recurso 7895/1991 ; y 1 de julio de 1996 , recurso 7904/1990).

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002 :

"(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".



5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cual debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los recientes pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo (sic) de 2008, recurso 4049/2004) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004).»

En particular, la STS de 19 de diciembre de 2006, Rec. 3878/2004, ha reconocido a la Administración discrecionalidad a la hora de valorar razonadamente las diferentes circunstancias relevantes en la elaboración de una declaración de impacto ambiental, y en la consiguiente elección de la alternativa más conveniente, de modo que solo pueda ser controlada en casos de arbitrariedad o irracionalidad. Ahora bien, el reconocimiento de tal discrecionalidad técnica habrá de ser interpretado con los límites impuestos por la jurisprudencia expuesta.

Con sujeción a la anterior doctrina jurisprudencial, aplicable *mutatis mutandis* al control judicial que sobre los juicios técnicos emitan los órganos ambientales en los estudios de impacto ambiental que elaboren, que delimita el alcance de tal control, procederemos a examinar los reproches que la parte demandante hace a la resolución administrativa recurrida.

QUINTO.- Decíamos que la parte demandante reprocha a la resolución recurrida infracción de los artículos 1.3, 7, 8.3 y 12.2 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, por incumplimiento de los plazos previstos, por lo que afecta a los dos últimos preceptos, y que se ha producido una incorrecta, sesgada y parcial valoración de las distintas alternativas existentes para la ubicación de la EDAR, con sustento en los informes periciales aportados por la misma.

Comenzando por los vicios de carácter formal o procedimental atribuidos a la evaluación de impacto ambiental, ha de señalarse que el artículo 8.3 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, hoy derogado por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, establece que "En los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la Administración General del Estado, el plazo para trasladar al promotor la amplitud y el nivel de detalle del estudio de impacto ambiental, así como las contestaciones recibidas a las consultas efectuadas, será de tres meses, computándose dicho plazo desde la recepción por el órgano ambiental de la solicitud y de la documentación a que se refiere el artículo 6".

Asimismo, dispone el artículo 12.2 de la misma disposición general lo siguiente: "Los plazos para remitir el expediente al órgano ambiental y para formular la declaración de impacto ambiental serán fijados por la Comunidad Autónoma, sin que éstos puedan tener un techo máximo para la realización de la fase 2 inferior a 18 meses.

En los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la Administración General del Estado, o ser comunicados u objeto de declaración responsable a la misma, la remisión del expediente al órgano ambiental, que deberá producirse dentro del plazo establecido en el artículo 10.2 (dieciocho meses contados desde que el promotor reciba la notificación sobre la determinación del alcance del estudio de impacto ambiental), inicia la Fase 3 ("Declaración de impacto ambiental") de las actuaciones enumeradas en el artículo 5.2.

El órgano ambiental dispondrá de un plazo máximo de tres meses para formular la declaración de impacto ambiental, contados a partir de la recepción del expediente completo, según lo dispuesto en el artículo 10.2. La recepción del expediente por parte del órgano ambiental será notificada por dicho órgano al promotor en un plazo de quince días desde su recepción, sin perjuicio de su publicación en la página web del órgano ambiental".

Afirma la parte demandante que no se ha cumplido el plazo de tres meses a que se refiere el artículo 8 ni los plazos previstos en el artículo 12.2 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, sin mayor concreción.

En modo alguno argumenta la parte demandante en qué medida el incumplimiento de tales plazos que no justifica en modo alguno, pudiera haber constituido vicio de nulidad o anulabilidad del acto administrativo recurrido.



Así, para que proceda la nulidad del acto prevista en el artículo 62.1.e LRJPA es preciso que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites por importante que éste sea. De modo que cuando se ha omitido un trámite procedimental, pero no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto, como ocurriría de haberse incumplido dichos plazos, nos encontramos con la posibilidad de que el acto pueda ser anulable de conformidad con el artículo 63.2 de la LRJPAC, aunque en este supuesto sólo procederá la declaración de anulabilidad si el acto careciera de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o si hubiera producido indefensión a los interesados.

Ahora bien, no se produce indefensión a estos efectos, tal y como declara la STS de 11 de octubre de 2012, Rec. 408/2010, *"si el interesado ha podido alegar y probar en el expediente cuanto ha considerado oportuno en defensa de sus derechos y postura asumida, como también recurrir en reposición, doctrina que se basa en el artículo 24.1 CE, si hizo dentro del expediente las alegaciones que estimó oportunas"* (STS 27 de febrero de 1991), *"si ejercitó, en fin, todos los recursos procedentes, tanto el administrativo como el jurisdiccional"* (STS de 20 de julio de 1992).

Por ello, *"si el interesado en vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, puede entenderse que se ha subsanado la omisión y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad del control de la Administración, compatibilizando la prohibición constitucional de indefensión con las ventajas del principio de economía procesal que complementa al primero sin oponerse en absoluto al mismo y que excluye actuaciones procesales inútiles a los fines del procedimiento"* (SSTS de 6 de julio de 1988 y 17 de junio de 1991).

Además, declara también la STS de 11 de octubre de 2012, que *"si a pesar de la omisión procedimental, el Tribunal enjuiciador cuenta con los elementos de juicio suficientes para formarse una convicción que sirva para decidir correctamente la contienda, debe pasar a analizar y enjuiciar el fondo del asunto"* (STS de 10 de octubre de 1991); y ello es así *"porque la teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declaran nulas"* (STS de 20 de julio de 1992), pues *"es evidente que si la garantía del administrado se consigue efectivamente, no es necesario decretar nulidades si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo"* (SSTS de 14 de junio de 1985, 3 de julio y 16 de noviembre de 1987 y 22 de julio de 1988).

En síntesis, concluye el Tribunal Supremo, que *" el vicio de forma o procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto concurran los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, conforme dispone el artículo 63 LRJPA, y de ahí que pueda purgarse a lo largo del procedimiento e incluso en vía contencioso-administrativa, trámite en el cual puede obviarse, por razones de economía procesal, enjuiciando el fondo del asunto, tanto cuando el mismo hubiese sido no influyente en la decisión -de suerte que ésta hubiere sido la misma-, como cuando aún sí influyente, la decisión hubiese sido correcta o incorrecta, manteniéndola en su supuesto y anulándola en el otro, y sólo apreciarse en el caso de que por existencia carezca el órgano jurisdiccional de los elementos de juicio necesarios para la valoración de la decisión administrativa"*.

Pues bien, la doctrina jurisprudencial expuesta resulta plenamente aplicable al caso que nos ocupa, y en modo alguno se justifica, realmente ni siquiera se alega, en que medida el incumplimiento de los citados plazos podrían causar indefensión a la parte actora o privar al acto de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin.

En consecuencia, no procede atribuir virtualidad invalidante a los vicios formales denunciados por la actora, al margen, claro está, de que tampoco justifica su concurrencia en el supuesto que nos ocupa.

Por lo que respecta a los vicios sustantivos achacados a la declaración de impacto ambiental, el artículo 1.3 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, relativo al objeto de dicha ley, dispone lo siguiente:

"La evaluación del impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con esta Ley, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los siguientes factores:

- a) *El ser humano, la fauna y la flora.*
- b) *El suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje.*
- c) *Los bienes materiales y el patrimonio cultural.*
- d) *La interacción entre los factores mencionados anteriormente"*.



Por otro lado, el artículo 7, en su apartado primero, antes transcrito, recoge el contenido necesario e indispensable del estudio de impacto ambiental, que constituye una de las actuaciones de la evaluación de impacto ambiental de proyectos y asegura la integración de los aspectos ambientales en el proyecto. Del mismo, singular interés despierta la exposición de las principales alternativas estudiadas y la justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales, dados los términos en que se desenvuelve la controversia entre las partes.

Al respecto, el artículo 6 del Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, hoy derogado por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, preceptuaba lo siguiente: *"La evaluación de impacto ambiental debe comprender, al menos, la estimación de los efectos sobre la población humana, la fauna, la flora, la vegetación, la gea, el suelo, el agua, el aire, el clima, el paisaje y la estructura y función de los ecosistemas presentes en el área previsiblemente afectada. Asimismo, debe comprender la estimación de la incidencia que el proyecto, obra o actividad tiene sobre los elementos que componen el Patrimonio Histórico Español, sobre las relaciones sociales y las condiciones de sosiego público, tales como ruidos, vibraciones, olores y emisiones luminosas, y la de cualquier otra incidencia ambiental derivada de su ejecución"*.

Asimismo, el artículo 10 del reglamento citado dispone en relación con el contenido del estudio de impacto ambiental lo siguiente:

" Se incluirá la identificación y valoración de los efectos notables previsibles de las actividades proyectadas sobre los aspectos ambientales indicados en el artículo 6 del presente Reglamento, para cada alternativa examinada.

Necesariamente, la identificación de los impactos ambientales derivará del estudio de las interacciones entre las acciones derivadas del proyecto y las características específicas de los aspectos ambientales afectados en cada caso concreto.

Se distinguirán los efectos positivos de los negativos; los temporales de los permanentes; los simples de los acumulativos y sinérgicos; los directos de los indirectos; los reversibles de los irreversibles; los recuperables de los irrecuperables; los periódicos de los de aparición irregular; los continuos de los discontinuos.

Se indicarán los impactos ambientales compatibles, moderados, severos y críticos que se prevean como consecuencia de la ejecución del proyecto.

La valoración de estos efectos, cuantitativa, si fuese posible, o cualitativa, expresará los indicadores o parámetros utilizados, empleándose siempre que sea posible normas o estudios técnicos de general aceptación, que establezcan valores límite o guía, según los diferentes tipos de impacto. Cuando el impacto ambiental rebase el límite admisible, deberán preverse las medidas protectoras o correctoras que conduzcan a un nivel inferior a aquel umbral; caso de no ser posible la corrección y resultar afectados elementos ambientales valiosos, procederá la recomendación de la anulación o sustitución de la acción causante de tales efectos.

Se indicarán los procedimientos utilizados para conocer el grado de aceptación o repulsa social de la actividad, así como las implicaciones económicas de sus efectos ambientales.

Se detallarán las metodologías y procesos de cálculo utilizados en la evaluación o valoración de los diferentes impactos ambientales, así como la fundamentación científica de esa evaluación.

Se jerarquizarán los impactos ambientales identificados y valorados, para conocer su importancia relativa. Asimismo, se efectuará una evaluación global que permita adquirir una visión integrada y sintética de la incidencia ambiental del proyecto".

Afirma la demandante que la opción del Pisón escogida - Alternativa C (La Plantona)- es la de mayor impacto ambiental de las cuatro alternativas existentes, tal y como dice acreditar con los informes periciales aportados con el escrito de demanda, elaborados por el profesor titular de Ecología de la Universidad de Cantabria, don Epifanio, y por el profesor don Gines, quien actuó como perito judicial en otro proceso y muestra su acuerdo con el informe del Sr Epifanio, que considera como alternativa más adecuada la señalada como Alternativa B (Cagonera). Añade en su escrito de conclusiones en apoyo de tal afirmación también la referencia al informe elaborado por don Tomás, que, aunque fue aportado con el escrito de demanda, versa sobre la Planta de Pretratamiento de aguas integradas en el sistema de saneamiento de la Zona Este de Gijón, sita en el Pisón-Somío, por lo que resulta irrelevante en este procedimiento.

Sostiene con apoyo en esos informes que se han empleado criterios para comparar las diferentes alternativas que son irrelevantes, como el clima, la micología y la calidad del agua al no tener capacidad de discriminación entre las diferentes alternativas, pues todas ellas alcanzan la misma valoración en relación con aquellas; otros poco relevantes como la geología y la calidad del aire, que no pueden tener la misma relevancia que aquellos que afectan a la calidad de vida de los ciudadanos (sonoridad, olores o geografía). Añade que el criterio del



paisaje se ha empleado de forma poco correcta, tratándose de un espacio urbano y al hallarse en el proyecto la EDAR soterrada. Por ello, concluye que los criterios importantes y con propiedad de discriminación quedan disueltos y mermados entre otros que son irrelevantes o de escasa significación.

Además, con sustento en tales informes, realiza por lo que respecta a la selección del método de ordenación, las siguientes consideraciones: el método empleado para ordenar las alternativas no se acredita en la bibliografía científica y específica de Evaluación de Impacto Ambiental, los impactos se clasifican mediante un sistema que no atiende a lo especificado en la legislación vigente, hay incoherencias en la aplicación del método y errores de cálculo que afectan a la ordenación de las alternativas, el resultado obtenido de ordenación de alternativas por el método de selección empleado no se contrasta con otros métodos, y el método empleado asigna a todos los criterios el mismo peso para establecer el impacto global para cada alternativa y establecer el orden preferencial.

Conviene afirmar, antes de proceder al análisis y valoración de la prueba, la relevancia probatoria de los citados informes, sin perjuicio de la ausencia de su ratificación a presencia judicial y de las partes en este procedimiento, pues, como es sabido, resulta innecesaria la ratificación de los informes periciales adjuntos a los escritos de demanda o contestación a la demanda para su validez, utilidad y eficacia como medio de prueba.

Así es, la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable en el proceso contencioso-administrativo en este particular, no exige la ratificación de los citados dictámenes periciales como condición necesaria para su validez y eficacia como prueba pericial. Al respecto, el artículo 347 LEC prevé que los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por la partes, que el tribunal admita. Asimismo, el artículo 429.8 LEC prevé para el caso de que se hayan presentado informes periciales y ni las partes ni el tribunal soliciten la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe, que el tribunal procederá a dictar sentencia, sin previa celebración de juicio. Tales preceptos conducen a concluir que si ninguna de las partes o el tribunal solicitan la ratificación o aclaración al dictamen pericial, el mismo constituye un medio de prueba plenamente útil y eficaz como prueba pericial sin necesidad de ratificación alguna, tal y como sostienen lae SSTS de 20 de noviembre de 2012 , Rec. 4598/2011, de 8 de mayo de 2012 , Rec. 2087/2009 , y de 30 de abril de 2009 , Rec. 8482/2004).

Tal doctrina resultará igualmente aplicable cuando, habiendo solicitado la ratificación del perito únicamente aquella parte que presentó su informe, concluye el periodo de práctica de prueba sin que se lleve a cabo tal acto, pese a encontrarse acordado a solicitud de dicha parte, como aquí ha acontecido, pues en tales circunstancias no cabe privar de validez y eficacia al informe pericial en perjuicio de quien instó su ratificación. En modo alguno sería apreciable efectiva indefensión a la otra u otras partes del proceso por la valoración judicial de dicho medio de prueba en las circunstancias expresadas, cuando estas, habiendo tenido ocasión para ello, no solicitaron la ratificación del perito o el sometimiento de su informe a trámite de aclaraciones, como aquí ha ocurrido (en este sentido, STS de 25 de mayo de 2009, Rec. 10088/2004).

El examen de la declaración de impacto ambiental del proyecto de depuradora de aguas residuales este de Gijón, a la luz de las observaciones realizadas el informe pericial aportado por la parte demandante, a las que se sumó el informe pericial judicial también aportado con la demanda, cuya acta de ratificación a presencia judicial en otro proceso se ha incorporado documentalmente, pone de manifiesto que no se ha respetado en su elaboración lo preceptuado en los artículos 1.3 y 7 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero , pues no identifica, describe y evalúa *apropiadamente* los efectos del proyecto sobre los factores recogidos en el primer precepto citado.

Esta Sala concluye en tal sentido tras constatar que los informes periciales señalados cumplen con las máximas de experiencia o técnicas propias de la pericia, facilitando argumentos y explicaciones científicas que originan nuestra convicción en el sentido expuesto, como se razonará a continuación.

En efecto, para cumplir con tal exigencia legal, objeto de desarrollo reglamentario en los términos antes expresados, no basta que en su apartado segundo, bajo la rúbrica "Elementos ambientales significativos del entorno del proyecto", se haga expresa referencia a la población -al ser la zona de actuación un ámbito urbano, muy próximo a viviendas-, el clima, los espacios naturales más próximos, la geología del lugar donde se enclava, la hidrología y hidrogeología del ámbito de estudio, la vegetación -caracterizada por la escasa naturalidad de las comunidades vegetales de la zona de emplazamiento-, la fauna y el patrimonio cultural de la zona, destacando la necesidad de desviar el arroyo Pisón

Asimismo, con el objetivo no alcanzado de cumplir con lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/2008 , se barajan varias alternativas como posibles emplazamientos de la EDAR, tipos de tratamiento de las aguas, tratamiento de fangos y configuración de la EDAR. Destaca la evaluación de los cuatro posibles emplazamientos para la EDAR, que se describen, significándose que el emplazamiento finalmente elegido (Alternativa C "La Plantona") responde a la existencia de una reserva de suelo urbano en el Plan General

de Ordenación Urbana de Gijón destinada a tal fin, que ya se contempló al ponerse en funcionamiento la estación de pretratamiento de aguas residuales de "El Pisón", y que allí convergen todos los colectores, del pretratamiento y del bombeo al emisario existente, lo que le convierten en la primera opción a considerar por condicionantes exclusivamente técnicos. Dicha alternativa prevé la construcción enterrada de la EDAR por la presencia de viviendas en los alrededores, al igual ocurre con la alternativa D "El Rincolín". Sin embargo, la alternativa A "Peñarrubia" presenta la ventaja de su mínimo impacto visual, al situarse en una vaguada que termina en la playa del mismo nombre, mientras que la alternativa B "La Cagonera" presenta mayor distancia a los núcleos de población de los alrededores.

El estudio de impacto ambiental de cada una de las alternativas de emplazamiento se pronunció en sentido favorable a la elección de la alternativa C, en atención al análisis de una serie de criterios (clima, geología, edafología, hidrología, calidad del agua, calidad del aire, residuos, botánica, micología, zoología, paisaje, etnografía, arqueología, geografía, sonoridad y olores), del que concluye que supone un menor impacto ambiental, aunque reconoce que requiere el desvío parcial del cauce del arroyo Pisón.

Igualmente, se plantean tres alternativas para el tratamiento de las aguas, optándose por la de fangos activados por ser la de menor consumo energético y una de las opciones de con menor producción de residuos.

También se barajan dos opciones de tratamiento de fangos, optándose por su digestión anaerobia en los terrenos de la EDAR de La Regueta hasta donde se conducirían los fangos.

En cuanto a la configuración de la EDAR se opta por la alternativa compacta cubierta al minimizar la afección sobre el paisaje, las emisiones sonoras y la emisión de olores.

Por último, en el apartado 4, al referirse a la integración de la evaluación y, en particular, a los impactos significativos de la alternativa elegida, se indican una serie de medidas protectoras y correctoras para evitar la contaminación con residuos del suelo y las aportaciones de materiales disueltos o en suspensión al arroyo Pisón. Se acepta la forma de llevar a cabo su desvío propuesta por el promotor, se prevé la revegetación de la zona afectada, se impone respeto al periodo de cría de las aves - evitando el desbroce de la vegetación entre marzo y agosto- y se contemplan diversas medidas para paliar los ruidos, olores y vibraciones durante las obras y la explotación de la actividad proyectada (instalación de una pantalla antiruido y el sistema de deodorización proyectado, entre otras) y evitar posibles daños al patrimonio. Además, se establecen una serie de especificaciones para el seguimiento ambiental durante la fase de construcción y durante la fase de explotación, con la realización de mediciones acústicas y análisis olfatométricos, entre otras actuaciones.

En relación con la elección del emplazamiento de la EDAR entre las cuatro alternativas estudiadas y la justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales, sobre la que se centra la impugnación de la demandante, se constata que la declaración de impacto ambiental no justifica en modo alguno la elección del método utilizado para contrastar la incidencia medioambiental de cada una de las alternativas sopesadas y, por ende, su solvencia técnica a tal efecto, aunque se hace referencia de forma indiscriminada a un largo listado bibliográfico, que se afirma ha sido consultado, sin mayor especificación. El estudio de impacto ambiental se limita a aplicar una escala de puntuaciones comprendidas entre +6 y -10 a diferentes variables que se toman en consideración en relación con cada una de las alternativas de emplazamiento (clima, geología, edafología, hidrología, calidad del agua, calidad del aire, residuos, botánica, micología, zoología, paisaje, etnografía, arqueología, geografía, sonoridad y olores), sin explicar el significado de dicha escala, los criterios a considerar en su aplicación o cuando se ha de asignar una u otra puntuación a cada alternativa en relación con cada variable empleada. Simplemente se expone la franja de puntuación que se corresponde con los diferentes conceptos de impactos negativos ambientales que en teoría pueden producir las acciones de un proyecto, concretamente de impacto ambiental compatible (+6 a -2), impacto ambiental moderado (-3 a -5), impacto ambiental severo (-6 a -9), e impacto ambiental crítico (-10), cuya definición se establece en el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que aprueba el Reglamento para la Evaluación de Impacto Ambiental.

En este sentido, tal y como establece el anexo 1 del reglamento para la Evaluación de Impacto Ambiental, tales definiciones quedan concretadas del siguiente modo:

Impacto ambiental compatible .-Aquel cuya recuperación es inmediata tras el cese de la actividad, y no precisa prácticas protectoras o correctoras.

Impacto ambiental moderado .-Aquel cuya recuperación no precisa prácticas protectoras o correctoras intensivas, y en el que la consecución de las condiciones ambientales iniciales requiere cierto tiempo.

Impacto ambiental severo .-Aquel en el que la recuperación de las condiciones del medio exige la adecuación de medidas protectoras o correctoras, y en el que, aun con esas medidas, aquella recuperación precisa un período de tiempo dilatado.

Impacto ambiental crítico .-Aquel cuya magnitud es superior al umbral aceptable. Con él se produce una pérdida permanente de la calidad de las condiciones ambientales, sin posible recuperación, incluso con la adopción de medidas protectoras o correctoras.

Sin embargo, en la valoración de las diferentes alternativas de emplazamiento no se observa justificación razonable que permita concluir que la asignación de las diferentes puntuaciones realizada para cada una de ellas se corresponda con los conceptos reglamentarios expresados en relación con cada variable empleada.

En efecto, el estudio de impacto ambiental en el apartado relativo a la descripción, evaluación y valoración de las alternativas procede al análisis cualitativo de una serie de afecciones, antes expresadas, en relación con cada una de las alternativas de emplazamiento, emitiendo juicios y apreciaciones meramente genéricos sobre la incidencia medioambiental de la EDAR, ya sea durante la fase de construcción o de explotación. De modo que el análisis cualitativo exteriorizado en el estudio no permite justificar razonable y razonadamente la puntuación concreta asignada a cada afección en las diferentes alternativas, cuya suma determinará el "impacto promedio" que determinará la alternativa con menor impacto ambiental.

Es más, en ocasiones la puntuación asignada se muestra inconsecuente con la afección medioambiental real objeto de la misma. Así, por ejemplo, se aprecia que en la variable de hidrología se puntúa la alternativa C con -3, lo que equivaldría a impacto ambiental moderado, cuando resulta evidente que la desviación del arroyo Pisón que implica esa alternativa, reconocida en el estudio ambiental, supone un cambio irreversible en la geomorfología del mismo por lo que respecta a la hidrología superficial y, consiguientemente, en los ecosistemas asociados, a lo que debe unirse que no se proponen medidas que puedan paliar el desvío de su cauce natural y su sustitución por un uso antrópico el terreno afectado. Ante tal evidencia, podría cuestionarse si debería haberse calificado tal impacto negativo como "severo" o "crítico", pero en modo alguno parece que pueda ser considerado solo "moderado". Máxime cuando el mero "enturbiamiento" durante las obras del arroyo que desemboca en la playa de Peñarrubia y el efecto del proyecto sobre la escorrentía superficial por el modelado del terreno en la alternativa A, la mera incidencia de "poca importancia" en la escorrentía superficial en la alternativa B y la incidencia "no despreciable" en la escorrentía por el modelado del terreno en la alternativa D, tal y como expresa el estudio al referirse a estas otras alternativas, merecieron una puntuación de -2, -1 y -1, respectivamente. No parece las puntuaciones de las diferentes alternativas en relación con la hidrología guarden entre sí la proporcionalidad exigible, atendidos los efectos ambientales de la EDAR en relación con esta variable medioambiental.

Por otro lado, resulta sorprendente que en las variables de botánica y zoología la puntuación asignada a la alternativa C (-1) sea menos impactante ambientalmente que la atribuida a las alternativas A y B, sin explicación coherente alguna, máxime cuando en el primer caso el desvío del arroyo es de suponer que tendría una afectación importante en la fauna y vegetación de la zona, encuadrable, en principio, entre los impactos negativos severos. El mero hecho de que la alternativa C no conlleve afecciones sobre la vegetación por razón de las zanjas para conducciones no justifica tal valoración, cuando reconoce el estudio que las formaciones vegetales afectadas por las zanjas en las alternativas A y B son de "escasa relevancia" y "ampliamente distribuidas por el entorno del área de actuación". Además, afirma el estudio que mientras que las comunidades faunísticas en las alternativas A y B son de "escaso interés" y "muy comunes en la zona" y se hallan mínimamente afectadas, los hábitats dulceacuícolas que se verían afectados en la alternativa C presentan "cierto interés" para algunas especies de aves acuáticas y especies de aves comunes, lo que acrecienta la extrañeza de esta Sala ante la puntuación asignada en el estudio ambiental a estas afecciones.

También resulta llamativo que en la valoración de los efectos sobre el paisaje todas las alternativas, salvo la C que recibe una puntuación de -1, sean puntuadas con -4, cuando debería haberse considerado el entorno urbano de la alternativa C ante la notoriedad del carácter molesto e insalubre de la actividad proyectada.

Resulta singularmente llamativa la escasa diferencia de puntuación relativa a la variable de sonoridad entre las diferentes alternativas, siendo de -4 para las alternativas A, B y C y de -5 para la alternativa D, pese a reconocerse en el estudio la necesidad de colocar pantallas o barreras acústicas en zonas del perímetro para minimizar el nivel de ruido producido en la explotación de la EDAR y ante el hecho de que la alternativa C se encuentre a pocos metros de una zona urbanizada y poblada, junto a la zona residencial DIRECCION000 .

Mayor contrariedad genera el hecho de que en relación con los olores la puntuación atribuida a las distintas alternativas sea de -1 para las denominadas como A, B y D y de -2 para la alternativa C, cuando las dos primeras no tenían viviendas cercanas, a diferencia de la última. En la descripción del medio del estudio de impacto ambiental respecto del medio biótico y en relación con los olores (apartado 3.3.6) se reconoce que normalmente los olores de una EDAR son debidos a la descomposición de materia orgánica, así como sus efectos psicológicos negativos sobre las personas. Asimismo, en el estudio ambiental de las alternativas se identifican como causas de los olores en la fase de explotación el tráfico del personal de la depuradora y el



transporte de fangos para su tratamiento. De hecho entre las medidas de vigilancia ambiental propuestas para la fase de explotación en el estudio se prevé la verificación de la incidencia de los posibles olores debidos al funcionamiento de la EDAR con los correspondientes análisis olfatométricos. Pese a todo ello, se otorga injustificadamente una escasa trascendencia en la asignación de puntuación a la afección ambiental de olores por el hecho de encontrarse la EDAR junto a un núcleo de población, como pone de relieve la puntuación atribuida a la opción C en relación con la propia de las otras alternativas. Desde luego tal justificación no puede hallarse en la confianza que expresa el estudio de que, como consecuencia de las medidas de tratamiento implantadas, la afección por olores fuera "a priori" inapreciable, máxime cuando no descarta un posible fallo funcional de estos sistemas de tratamiento y ninguna referencia hace al efecto evidente del transporte de fangos a que se refería en otros apartados del estudio. En efecto, la valoración realizada de esta afección ambiental carece de justificación razonable.

Además, el método seguido es susceptible de otras críticas que ponen de relieve los informes periciales, pues emplea criterios para comparar las diferentes alternativas que son irrelevantes, como el clima, la micología y la calidad del agua, al carecer de capacidad de discriminación entre las diferentes alternativas, como revela que todas ellas alcancen la misma valoración en relación con aquellos. Asimismo, utiliza otros criterios poco relevantes, como la geología y la calidad del aire. Por último, atribuye a todos ellos la misma relevancia que a aquellos que afectan a la calidad de vida de los ciudadanos de forma más directa, como la sonoridad o los olores. De este modo, al otorgarse la misma importancia a todos los criterios o variables injustificadamente, se distrae la atención sobre los criterios con mayor relevancia para la discriminación entre las diversas alternativas por razones de su afección negativa ambiental, como son los criterios relacionados con la salud humana y la calidad de la vida de los ciudadanos, que se ven acompañados de aquellos otros que son irrelevantes o de escasa significación, sin otorgar a aquellos la fuerza diferenciadora que merecen.

Indudablemente, las características de la obra, su ubicación y la naturaleza de la actividad que se proyecta, han de incidir en la ponderación de los diferentes criterios, a considerar para evaluar los efectos negativos ambientales atribuibles al proyecto, si se pretende una evaluación apropiada de tales efectos, y deben condicionar la razonable justificación de la solución adoptada entre las diferentes alternativas.

Pues bien, con sustento en las anteriores consideraciones y en aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta acerca del control judicial sobre la discrecionalidad técnica que debe reconocerse a la Administración en la evaluación de impacto ambiental de proyectos, concluye la Sala que la declaración de impacto ambiental aprobada por el acto administrativo impugnado carece de motivación suficiente para garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Además, presenta valoraciones técnicas de la incidencia ambiental de las diferentes alternativas de emplazamiento de la EDAR que no reúnen la razonabilidad exigible para enmarcarse en el legítimo ejercicio de la discrecionalidad técnica inmune al control judicial.

Cuando, como aquí acontece, la declaración de impacto ambiental, no encuadra la metodología de valoración de alternativas seguida entre los procedimientos técnicos de evaluación ambiental de general aceptación y carece de motivación aceptable del juicio técnico que expresa, que no puede verse colmado por la mera asignación de puntuaciones o valoraciones numéricas a las diferentes alternativas, en relación con una serie de criterios, sin expresar la razón de la atribución de una u otra puntuación y sin explicar la causa de la elección y ponderación entre los diferentes criterios empleados, para justificar la alternativa de emplazamiento de la obra proyectada, debe concluirse que no cumple la finalidad que tiene legalmente encomendada, pues no permite evaluar de forma "apropiada" los efectos que la ejecución de un determinado proyecto pueda causar sobre el medio ambiente, ni optar justificadamente entre las diferentes alternativas estudiadas, lo que en el caso que nos ocupa supone la infracción de los artículos 1.3 y 7.1 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aplicable al caso.

Las consideraciones expuestas conducen a la estimación del recurso contencioso-administrativo, aunque solo parcialmente. Y ello, desde dos perspectivas diferentes pues, por un lado, si bien la nulidad de la declaración de impacto ambiental priva al procedimiento de aprobación del anteproyecto que nos ocupa de un trámite esencial, determinando la disconformidad a derecho y, por ende, de la declaración de la opción del Pisón como la mejor ubicación para la EDAR, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo (LRJPA), no cabe prohibir la instalación en El Pisón de la EDAR, pues los anteriores razonamientos y el examen y valoración de las pruebas practicadas tan solo constatan la disconformidad a Derecho de la declaración de impacto ambiental por infracción del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, con los efectos que ello debe conllevar para el acto de aprobación del anteproyecto de obras, pero no permiten establecer de forma concluyente cual de las alternativas de emplazamiento contempladas resulta la de menor impacto ambiental. Y ello sin perjuicio



de que, como es obvio, corresponda al órgano sustantivo elegir entre las diversas alternativas posibles, salvaguardando los intereses generales, teniendo en cuenta todos los efectos derivados de la actividad proyectada.

Por otro lado, desde otra perspectiva, es sabido que la ausencia de algunos trámites procedimentales o las irregularidades formales, que hayan podido producir indefensión o priven al acto de requisitos indispensables para alcanzar su fin, no se encuentran entre los supuestos contemplados en el artículo 62.1, sin perjuicio de que constituyan causa de anulabilidad del acto administrativo del artículo 63.2 de la LRJPA. La causa de nulidad del artículo 62.1.e) está reservada para los supuestos de omisión absoluta de procedimiento, requiere que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de ellos por importante que pudiera resultar, de suerte que la omisión procedimental ocasionada debe ser no solo manifiesta, sino también total y absoluta, esto es, que denote una inobservancia de las normas de procedimiento que afecte en su conjunto a la sustanciación del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental (SSTS de 5 de diciembre de 2012 , Rec. 6076/2009, de 9 de octubre de 2012 , Rec. 110/2009, de 14 de febrero de 2012 , Rec 567/2008, de 7 de noviembre de 2011 , Rec. 1322/2009 , y 14 de abril de 2010 , Rec 3533/2007).

Por consiguiente, ante la naturaleza y relevancia del trámite, cuya invalidez se ha apreciado -estudio de impacto ambiental-, en el procedimiento de aprobación del Anteproyecto de obras que nos ocupa, procede su anulación, en aplicación del artículo 63.2 de la LRJPA , pues sin aquel el acto de aprobación del proyecto necesariamente carecerá de un requisito indispensable para cumplir con la finalidad que legalmente tiene encomendada.

En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, sin necesidad de abordar el examen de los restantes motivos de impugnación.

No obstante esta última afirmación, procederemos a dar respuesta también los restantes motivos de impugnación, a fin de despejar cualquier duda acerca de la improcedencia de estimar la pretensión principal de nulidad ejercitada por la parte actora en relación con cada uno de los motivos de impugnación invocados en la demanda.

SEXTO.- Afirma la parte actora que no se ha cumplido con lo preceptuado en el artículo 45 bis al Real Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril , antes transcrito, pues el acto recurrido se ampara en un PGOU derogado (1999) y el de 2006, TR de 2007, está anulado por el TSJ de Asturias y recurrido ante el TS.

Dicho motivo de impugnación no puede prosperar, pues consta en el expediente administrativo el certificado de compatibilidad urbanística emitido por el Ayuntamiento de Gijón, lo que es corroborado en las respuestas al pliego de preguntas realizadas a la Administración demandada y por el estudio de impacto ambiental, donde en relación con la alternativa C "La Plantona" se señala que su emplazamiento se corresponde a la existencia de una reserva de suelo en el Plan General de Ordenación Urbana de Gijón destinada a tal fin, que ya se contempló al ponerse en funcionamiento la EPAR de "El Pisón".

Concretamente con fecha 25 de mayo de 2009, se emitió certificación por la Secretaría General del Ayuntamiento de Gijón, relativa a la clasificación y calificación urbanística de los terrenos ocupados por la EDAR proyectada, señalándose que según el Plan General de Ordenación Urbana vigente en tal fecha, los terrenos ocupados por la alternativa "La Plantona" se encontraban clasificados como urbanos y calificados como sistemas generales (sistema general de infraestructuras básicas y sistema general de equipamientos, sin uso preferente o destinado a las Administraciones Públicas). Concluía la certificación que el establecimiento de la EDAR Este de Gijón en tal emplazamiento denominado "La Plantona" era una actividad compatible con el planeamiento urbanístico.

Por lo que respecta a la anulación del Plan General de Ordenación Urbana de Gijón de 2006 por sentencia de fecha 19 de octubre de 2009, Rec. 1076/2007, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Asturias, no consta la firmeza de esta sentencia, reconociéndose por la parte demandante que se encuentra recurrida ante el Tribunal Supremo.

Por último, alega la actora que, según el artículo 45 bis al Real Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril , para una instalación como la presente se precisa de un estudio ambiental que no aparece por sitio alguno, pues la Ley 16/2002 y el Real Decreto 509/2007, exigen una autorización ambiental integrada para la depuración de aguas.

Dispone el artículo 9 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de Contaminación lo siguiente: *"Se somete a autorización ambiental integrada la explotación de las instalaciones en las que se desarrolle alguna de las actividades incluidas en el anexo 1. Esta autorización precederá, en todo caso, a la*



construcción, montaje o traslado de las instalaciones, y se adaptará a las modificaciones que se produzcan en las instalaciones".

Pues bien, la instalación de depuración de aguas residuales que nos ocupa no se encuentra entre las expresadas en anejo 1 indicado, por lo que su explotación no se encuentra sometida a autorización ambiental integrada.

Por todo ello, se rechazan estos motivos de impugnación, procediendo, como se indicó en el anterior fundamento de derecho, la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, con la consiguiente anulación de la resolución recurrida.

SEPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento, al haber sido estimadas en parte las pretensiones de la parte demandante.

FALLAMOS

ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de Leopoldo, don Patricio, don Sixto, don Carlos Francisco, don Pedro Jesús y don Arsenio, contra la resolución de fecha 16 de octubre de 2009 del Director General del Agua, dictada por delegación del Secretario de Estado de Medio Rural y Agua, sobre aprobación de Anteproyecto y Estudio de Impacto Ambiental de la EDAR Este de Gijón (Asturias), que se anula por resultar contraria a Derecho, desestimándolo en lo demás.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, cuya preparación debe hacerse ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL