

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 856/2017

Fecha de sentencia: 17/05/2017

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

Número del procedimiento: 732/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 04/04/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente

Lamarca

Transcrito por: PJM

Nota:

Resumen

ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS de 27-06-14 por el que SE DECLARA EXCLUÍDO DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EL PROYECTO "PROTECCIÓN DEL FRENTE LITORAL DE SAN ANDRÉS", consistente en la construcción de un espigón exento para la defensa de la costa ubicado en aguas que forman parte de la zona de servicio del puerto de Santa Cruz de Tenerife.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 732/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente
Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 856/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pedro José Yagüe Gil, presidente

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 17 de mayo de 2017.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 2/732/2015, interpuesto por la Asociación Tinerfeña de Amigos de la Naturaleza (ATAN) y la Federación Ben Magec-Ecologistas en Acción, representadas por la procuradora D^a Flora Toledo Hontiyuelo y bajo la dirección letrada de D. Juan Bautista Ruiz Ruiz, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declara excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto «Protección del frente litoral de San Andrés», consistente en la construcción de un espigón exento para la defensa de la costa ubicado

en aguas que forman parte de la zona de servicio del puerto de Santa Cruz de Tenerife. Son partes demandadas la Administración General del Estado, la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife y el Organismo Autónomo Puertos del Estado, representados por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 19 de mayo de 2015 la representación procesal de las demandantes ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declara excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto «Protección del frente litoral de San Andrés», consistente en la construcción de un espigón exento para la defensa de la costa ubicado en aguas que forman parte de la zona de servicio del puerto de Santa Cruz de Tenerife, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 18 de marzo de 2015. Se ha tenido por interpuesto dicho recurso por diligencia de ordenación de 10 de junio de 2015.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña documentación, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acto impugnado y la retroacción del procedimiento al punto en el que se encontraba con anterioridad a la aprobación del acuerdo impugnado, esto es, el trámite de información pública, con expresa imposición de costas a la

Administración demandada. Mediante sendos otrosíes solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del recurso, con proposición de los medios que estima oportunos, así como la realización del trámite de conclusiones.

TERCERO.- De dicha demanda se ha dado traslado al Sr. Abogado del Estado, quien ha presentado un escrito en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia desestimando en su integridad la demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- Tras requerir a la parte demandante para que expresase su estimación de la cuantía del recurso, la Letrada de la Administración de Justicia la ha fijado como indeterminada en decreto de fecha 4 de noviembre de 2015. Seguidamente se ha dictado auto de 25 del mismo mes denegando el recibimiento a prueba, sin perjuicio de la incorporación a los autos de los documentos adjuntos a la demanda, y concediendo plazo a las partes por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones.

Las partes han presentado sus respectivos escritos de conclusiones, tras lo que se han declarado concluidas las actuaciones.

QUINTO.- Por providencia de fecha 23 de enero de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 4 de abril de 2017, en que han tenido lugar dichos actos.

SEXTO.- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

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

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

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

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

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

exención de un trámite esencial y que debe ser interpretado restrictivamente.

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

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

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

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

[...]

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

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

- a) Construcción de centros penitenciarios, o en aquellos proyectos declarados de especial interés para la seguridad pública por las administraciones competentes.
- b) Obras de reparación de infraestructuras críticas dañadas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y obras de emergencia.

4. En los casos previstos en el apartado anterior:

- a) Se examinará la conveniencia de someter el proyecto excluido a otra forma de evaluación que cumpla los principios y objetivos de esta ley.
- b) El acuerdo de exclusión y los motivos que lo justifican se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial correspondiente. Adicionalmente, se pondrá a disposición del público la información relativa a la decisión de exclusión y los motivos que la justifican, y el examen sobre las formas alternativas de evaluación del proyecto excluido.
- c) El órgano sustantivo comunicará la información prevista en el apartado anterior a la Comisión Europea, con carácter previo a la autorización del proyecto."

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

Las consecuencias de tal regulación son claras. En primer lugar, lo que habilita al Consejo de Ministros para excluir el estudio ambiental es simplemente un "supuesto excepcional", lo que constituye una habilitación que, si bien por su propia dicción ha de entenderse en forma restrictiva, es de carácter genérico: esto es, no está limitada, como pretenden las actoras, a la previa existencia de una situación catastrófica ya ocurrida y con daños por reparar. Por otra parte y en congruencia con lo anterior, la enumeración ejemplificadora de dos supuestos

excepcionales que se efectúa en el propio apartado muestra que la idea del legislador sobre lo que constituye un supuesto excepcional es sumamente abierta desde el punto de vista material, puesto que considera como un caso particular de supuesto excepcional la construcción de centros penitenciarios, lo que no puede calificarse precisamente como un proyecto de ejecución urgente e ineludible en un determinado momento y lugar.

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

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

Debe añadirse, a mayor abundamiento, que si bien el caso de autos puede razonablemente comprenderse en el supuesto habilitante genérico de "supuestos excepcionales", el último inciso de la letra b) enumera también entre los supuestos particulares expresamente contemplados las "obras de emergencia", lo que también puede aplicarse

sin dificultad al supuesto estudiado, dada la conveniencia de que en el mes de septiembre estuviera finalizada la obra de protección. Ello no resulta contradictorio con la circunstancia ya señalada de que la eventualidad de que se produzca un desastre natural como los ocurridos en los años 2010 a 2012 sea incierta. Como tampoco impide que pueda ser considerada una obra de emergencia -al igual que sucede con la calificación de supuesto excepcional- la inacción anterior, esto es, que no se hubiera decidido antes adoptar medidas de protección. En efecto, salvo en los casos de inmediata necesidad, tales decisiones dependen de un complejo cúmulo de circunstancias económicas, políticas y sociales que no empañan el hecho de que una vez tomada la decisión la medida pueda ser calificada como necesaria y urgente para evitar que puedan producirse nuevas situaciones de riesgo.

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

contener. A este respecto debe añadirse que el propio acuerdo impugnado incorpora en su apartado tercero la adopción de medidas correctoras y un programa de vigilancia ambiental.

TERCERO.- Sobre los defectos procedimentales.

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

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

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

Por otra parte, el que la licitación se efectuase por el procedimiento ordinario resulta irrelevante, pues aunque en casos de extrema urgencia sería lo lógico emplear el procedimiento de urgencia, ello no resulta obligado por el hecho de haber acordado prescindir del informe de evaluación ambiental. En el caso de autos, puede explicarse la utilización del procedimiento de contratación ordinario tanto porque se considerara que era suficiente como para acabar en plazo las obras

como por la propia circunstancia de no haberse publicado todavía el acuerdo impugnado del Consejo de Ministros, puesto que era dicho acuerdo el que expresamente justificaba la necesidad de actuar con prontitud para finalizar las obras antes de finales de agosto o principios de septiembre.

Finalmente y en lo que respecta a la comunicación a la Comisión Europea, lo que prevé el artículo 8.4.c) de la Ley de Evaluación Ambiental, ya reproducido, es que se comunique a la Comisión "la información prevista en el apartado anterior", eso es, la adopción del acuerdo motivado de exclusión de un proyecto del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, no como sostienen las demandantes, la resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado. Por consiguiente, la notificación de la adopción del acuerdo por parte de la Administración es suficiente como para entender cumplida la exigencia legal.

CUARTO.- Conclusión y costas.

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

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

FALLO

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

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

2. Imponer las costas procesales a la parte demandante conforme a lo expresado en el fundamento de derecho cuarto.

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

Así se acuerda y firma.

Pedro José Yagüe Gil.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.-María Isabel Perelló Doménech.-José María del Riego Valledor.-Ángel Ramón Arozamena Laso.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-