

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA /
COMMENTARY ON JURISPRUDENCE

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 856/2017, DE 17 DE MAYO. LA EXCLUSIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL DIQUE DE SAN ANDRÉS

Ángel Lobo Rodrigo*
Universidad de La Laguna

RESUMEN

La evaluación ambiental de proyectos ha sido una importante meta alcanzada no sin esfuerzo cuyo principal objetivo es la valoración de los efectos de determinados proyectos (y más tarde planes y programas) en el medio ambiente. No es necesario subrayar la importancia de esta técnica para prevenir posibles afecciones ambientales de proyectos que tengan la potencialidad de incidir en el medio ambiente y, por tanto, el cambio de enfoque que supuso su aparición**. Sin embargo, y desde sus comienzos, se entendió que una serie de proyectos debían estar excluidos de la técnica de la evaluación ambiental. La sentencia que pasamos a comentar puede iniciar la senda de una interpretación no restrictiva de los supuestos de exclusión de evaluación ambiental.

PALABRAS CLAVE: proyecto, evaluación ambiental, exclusión.

SUPREME COURT DECISION 856/2017, OF MAY 17. THE EXCLUSION OF ENVIRONMENTAL ASSESSMENT OF SAN ANDRÉS DIKE

ABSTRACT

The environmental impact assessment (EIA) of projects has been an important goal that has been achieved with great effort. However it has been understood that a number of projects should be excluded from this environmental technic, for instance repair works on infrastructures damaged as a result of catastrophic events, emergency works, national defense or civil protection projects or activities, etc. The Supreme Court decision commented in this research could be the path for a non-restrictive interpretation of the environmental exclusion cases that could endanger the application of the institution of the environmental impact assessment.

KEYWORDS: enviromental evaluation, enviromental assesment exclusion cases.

DOI: <http://doi.org/10.25145/j.anfade.2017.37.003>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 34; septiembre 2017, pp. 55-66; ISSN: e-2530-8319



LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 856/2017,
DE 17 DE MAYO. LO EXTRAORDINARIO
SE TORNA ORDINARIO

A) EL SUPUESTO DE HECHO DE LA STS 856/2017, DE 17 DE MAYO

El supuesto de hecho de la referida sentencia se puede resumir, de una forma descarnada y directa, en los siguientes puntos:

Proyecto de obra que consiste en la construcción de un dique de 350 metros de largo situado a más de 90 metros en paralelo a la costa y de 4 metros de altura apoyado por otro dique de 90 metros perpendicular a la costa para evitar la invasión del mar (fundamentalmente afectante a la avenida y fachada marítima del barrio de San Andrés, Santa Cruz de Tenerife) promovido por la Autoridad Portuaria al tratarse de una zona afectada a dicho servicio.

El fenómeno que se pretende evitar es perfectamente predecible con una anterioridad superior a cinco días y se produce de forma muy esporádica (normalmente una vez cada tres años).

Con ocasión de la tramitación de la obra proyectada se incoó el correspondiente procedimiento de evaluación ambiental ordinario mediante la Resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife relativa a la apertura del Trámite de información pública del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto conjuntamente con el correspondiente Proyecto mediante anuncio publicado en el *BOE* de 31 de mayo de 2014.

El 27 de junio de 2014 el Consejo de Ministros decide cambiar la tramitación ordinaria del proyecto, excluyéndolo del trámite ordinario de evaluación ambiental a través de la correspondiente Declaración de Emergencia de la obra, sin mediar situación de catástrofe alguna, ni de riesgo catastrófico o de otra índole, entre el trámite de información pública descrito en el punto anterior y la referida Declaración de Emergencia.

Dicho acuerdo del Consejo de Ministros no fue publicado, tal y como exige la Ley, hasta la resolución de Puertos del Estado de 24 de febrero de 2015 (*Boletín Oficial del Estado* n.º 66, de 18 de marzo de 2015) esto es, con casi 9 meses de retraso. El acuerdo contenía una motivación insuficiente y, entre otras cosas, no justificaba por qué se cambió la tramitación ordinaria del expediente por un procedimiento excepcional.

En el intervalo entre el anuncio del Consejo de Ministros (junio de 2014) y su tardía publicación en el *BOE* (18 de marzo de 2015) se procede a la licitación de la obra por el procedimiento de urgencia y no por el de emergencia como es

* Contratado doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna.

** La evaluación del impacto ambiental surge en el fin de los años 60 en Estados Unidos con el nombre de «environmental impact assessment» (EIA). En 1969 se aprueba la «National Environmental Policy Act», (NEPA), que constituye el primer ejemplo de normativa de evaluación ambiental.

normal y lógico para situaciones supuestamente catastróficas o de emergencia (Resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2014 por la que se convoca procedimiento abierto, para la adjudicación de las obras de Protección del frente litoral de San Andrés, Santa Cruz de Tenerife, *Boletín Oficial del Estado* n.º 183, de 29 de julio de 2014). Posteriormente, la Autoridad Portuaria adjudica la obra a la empresa Sacyr Construcción S.A. (Resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 7 de octubre de 2014 por la que se hace pública la formalización del contrato de las obras de «Protección del frente litoral de San Andrés, Santa Cruz de Tenerife», *Boletín Oficial del Estado* n.º 250, de 15 de octubre de 2014), todo ello, subrayamos, sin haberse publicado la correspondiente Declaración de Emergencia de la obra en el *Boletín Oficial del Estado*, tal y como establece el art. 8.4 apartado b) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación de Impacto Ambiental.

El proyecto se pretende ubicar a escasos metros de una zona que ya fue objeto de una Declaración de Impacto Ambiental mediante la resolución de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente de 17 de septiembre de 2014, esta vez sobre el denominado puerto deportivo de San Andrés, Tenerife (*Boletín Oficial del Estado* n.º 239, de 2 de octubre de 2014). Dicha Declaración de Impacto Ambiental resultó ser desfavorable al afectar a una Zona de Especial Conservación denominada Sebadales de San Andrés (Código ES7020120)¹. La zona señalada en la referida Declaración de Impacto Ambiental coincide, justamente, con el lugar en el que se pretende ubicar el dique de San Andrés.

Ante este supuesto de hecho, dos asociaciones ecologistas, concretamente ATAN (Asociación Tinerfeña de Amigos de la Naturaleza) y la Federación Ben Magec-Ecologistas en Acción, deciden emprender acciones legales contra el referido proyecto.

¹ La mencionada declaración resalta que «además de este impacto, otras dos actuaciones pudieran tener impactos acumulados o sinérgicos con el proyecto: la tercera fase de defensa del ensanche de la explanada de la dársena de pesca del puerto de Santa Cruz de Tenerife, ya finalizada, y el proyecto de protección del frente litoral de San Andrés, Santa Cruz de Tenerife, en fase de evaluación». Asimismo, la antedicha Resolución resalta en su punto 5.3, dedicado a la valoración del órgano ambiental sobre los impactos ambientales significativos del proyecto, que «aunque no parece que la ejecución del proyecto afecte directamente a estos hábitats dentro de los límites de la ZEC Sebadal de San Andrés, la consideración realizada para el conjunto de sebadales se puede extender a este espacio protegido, teniendo en cuenta que el principal objeto de protección del espacio es el hábitat de interés comunitario 1110 Bancos de arena cubiertos permanentemente por agua marina, poco profunda y, dentro de ese hábitat, las praderas de *Cymodocea nodosa*. Estas praderas se extienden, presentando incluso una mayor densidad de plantas, por fuera de los espacios actualmente protegidos, por lo que la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar considera que sería deseable proteger los escasos sebadales existentes fuera de la zona protegida y plantear una ampliación de las zonas de la Red Natura 2000 para que esté suficientemente representado ese tipo de hábitat natural de interés comunitario».



B) LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Presentado de forma sucinta el supuesto de hecho, nos adentramos a comentar el proceso judicial que concluye con la sentencia del Tribunal Supremo 856/2017, de 17 de mayo. Para ello estudiaremos como dos piezas con identidad propia el auto acaecido sobre las medidas cautelares y la resolución recaída sobre el fondo del asunto.

Las medidas cautelares.

El auto del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2015 resuelve las medidas cautelares solicitadas en la demanda de fecha 19 de mayo de 2015 por la que se interpone recurso contencioso-administrativo ordinario 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». En dicho escrito, mediante su otrosí digo primero, se solicitaba la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la obra de ejecución del precitado proyecto.

En la demanda se aducía que el acuerdo recurrido y que excluía el proyecto de evaluación ambiental no obedece, tal y como establece la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, en su art. 8.3 apartado b), a obras de reparación de infraestructuras críticas dañadas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y obras de emergencia cuanto a la conveniencia de suprimir los obstáculos ambientales que pudieran impedir la ejecución de las obras. Desechado que se trata de un proyecto para reparar una infraestructura, sostiene que no hay urgencia en la tramitación de la obra debido a las siguientes razones: a) la publicación del acuerdo impugnado, de 27 de junio de 2014, no se produjo hasta ocho meses más tarde, el 18 de marzo de 2015; b) no se ha empleado el procedimiento de contratación de emergencia previsto en el artículo 113 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; y c) las obras de emergencia responden siempre a situaciones catastróficas ya acaecidas y cuya ejecución no puede demorarse, no a un riesgo futuro.

Asimismo, en la demanda se afirma que el daño ambiental que se produciría con la ejecución de las obras no es hipotético, sino real, y se encuentra contrastado por la propia Administración, ya que la Secretaría de Estado de Medio Ambiente aprobó por resolución de 17 de septiembre de 2014 una Declaración de Impacto Ambiental desfavorable respecto al proyecto de modificación del puerto deportivo de San Andrés (Tenerife), que se pretendía construir en la misma zona. En dicha declaración se puso de relieve que si bien determinados seabadales con praderas de *Cymodocea nodosa* ya protegidos no resultan directamente afectados, se apreciaba la conveniencia de ampliar dicha protección justamente extendiéndose hacia la zona en la que se pretende ubicar las obras.

El Tribunal Supremo lleva a cabo el correspondiente juicio de ponderación entre los intereses implicados y razona, con base a los argumentos del acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014 (una alusión genérica a la presencia de riesgos para los intereses económicos y para la vida de las personas), que «la existencia de tales riesgos, cuya realidad no se puede negar, hace que deban prevalecer los intereses generales asociados a la prevención de los mismos, especialmente en cuanto pueden afectar a personas», denegando, de esta forma, la suspensión de la ejecución de la obra.



Pues bien, si ciertamente el sentido de la resolución de las medidas cautelares depende de una adecuada ponderación de los intereses en juego, se echa de menos una verdadera confrontación de dichos intereses por parte del Tribunal, pues se limita a reproducir los datos del mencionado acuerdo del Consejo de Ministros sin enfrentarlos a los documentos presentados por los recurrentes, en los que se acredita la previsibilidad del fenómeno de inundación del pueblo por el mar con al menos siete días de antelación (por lo que el riesgo para la vida humana queda descartado y los riesgos económicos matizados al poderse implementar medidas de prevención) y se acreditan de forma fehaciente los daños que la obra puede provocar al medio ambiente, mediante una Declaración de Impacto Ambiental de la propia Administración actuante.

En esta ponderación pretendidamente técnica, el Tribunal no valora, a nuestro entender, los documentos presentados por la parte recurrente (la parte demandada no presentó prueba alguna). En este punto creemos que se debería haber acudido a un perito de oficio para ponderar, con más elementos de juicio, los intereses en juego, tal y como dispone el art. 60.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a cuyo tenor «el Juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto». Aunque este precepto está referido a la tramitación del proceso encaminado a dictar sentencia, se puede entender de aplicación al proceso de toma de decisión en un auto de medidas cautelares.

El voto particular sobre el auto emitido por el magistrado D. Eduardo Calvo Rojas² se decanta con claridad en sentido contrario al auto. En un voto particular que sorprende por su tono categórico, el mencionado magistrado va desgranando las razones por las que, a su entender, el Tribunal Supremo debió acceder a la suspensión de la ejecución de la obra:

Primera: siendo requisito necesario para la adopción de una medida cautelar que la ejecución del acto «... pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso» (artículo 130.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), parece innegable que se cumple, pues al ejecutarse la obra de construcción del espigón quedaría privada de toda eficacia y virtualidad una sentencia que estimase el recurso y declarase la ilegalidad de la obra por no haberse sometido esta a previa evaluación ambiental.

Segunda: no se puede argumentar la exclusión de evaluación por razones de urgencia de la obra cuando la propia Administración tardó más de ocho meses y medio en publicar el acto administrativo³, tiempo más que suficiente para haber llevado a cabo la propia evaluación ambiental.

² Curiosamente el referido magistrado no forma parte del Tribunal que redactó la sentencia.

³ El magistrado autor del voto particular formula la siguiente reflexión: «Si tan urgente era la obra que no podía soportar el trámite de evaluación ambiental, ¿por qué se pierde tanto tiempo en la publicación del acuerdo? Por lo demás, un procedimiento de evaluación ambiental realizado con



Tercera: el auto señala que la supresión de la necesidad de realizar el estudio de impacto ambiental no implica la ausencia de medidas correctoras del medio ambiente, pues estas se contemplan en el estudio realizado por la Autoridad Portuaria que es órgano sustantivo de la obra. Sin embargo, el magistrado autor del voto particular discrepa al entender que se trata de un razonamiento escasamente consistente, «pues la previsión de algunas medidas correctoras de ninguna manera suple la ausencia de evaluación ambiental, que es trámite preceptivo según la normativa estatal y comunitaria europea de aplicación y del que, como es sabido, debe formar parte el correspondiente «estudio de alternativas, (...) y nada de esto se ha llevado a cabo, por lo que dichas medidas correctoras son claramente insuficientes».

En definitiva, se trata de un auto muy discutible y en este caso discutido en el seno del propio Tribunal Supremo.

1) *La resolución sobre el fondo del asunto*

Recapitulando los hechos, se impugna por parte de unas asociaciones ecologistas la resolución del Consejo de Ministros por la que se excluye de evaluación ambiental la ejecución de un dique de importantes dimensiones frente al pueblo de San Andrés, a escasos metros de una Zona de Especial Conservación, ignorando un procedimiento de evaluación ambiental ordinario sobre la misma obra en plena tramitación y en una zona en la que un proyecto de parecidas características ya había sido objeto de una Declaración de Impacto Ambiental negativa.

Partiendo de las situaciones descritas, y dado el carácter excepcional señalado en la Ley respecto a la no aplicación a proyectos de la técnica de la evaluación ambiental⁴, se antojaba, *a priori*, complicado que el caso del dique de San Andrés concluyera con una sentencia que no fuera la nulidad de pleno derecho del acuerdo

la debida diligencia podría haberse tramitado y resuelto en menos tiempo del que se perdió con la tardanza en la publicación del acuerdo».

⁴ Por la importancia del precepto para la resolución del caso, reproducimos a continuación el art. 8.3 de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental: «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».

del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declaraba excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental dicho proyecto. Sin embargo, el Tribunal Supremo certificó la legalidad del acuerdo en base a las siguientes consideraciones que pasamos a analizar:

Primera: el Tribunal Supremo entiende en su Fundamento Jurídico Segundo que el art. 8.3 de la Ley de Evaluación Ambiental establece la circunstancia habilitante para la exclusión de la evaluación de proyectos de forma genérica en el párrafo primero del apartado 3 («supuestos excepcionales»), para después proceder en el segundo párrafo a enumerar, a modo simplemente enunciativo (con una enumeración ejemplificadora, sostiene el Tribunal), los casos de centros penitenciarios o proyectos de interés para la seguridad pública, las obras de reparación de infraestructuras críticas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y las obras de emergencia, pero en ningún caso considera tales circunstancias como supuestos tasados para la exención de la evaluación de impacto ambiental. La expresión «en particular» apela, a juicio del Tribunal Supremo, a la introducción de una serie de supuestos que constituyen un *numerus apertus* de casos que no pretenden cerrar las materias objeto de exclusión de evaluación ambiental.

La interpretación realizada por el Tribunal Supremo del art. 8.3 de la Ley de Evaluación ambiental es, cuando menos, cuestionable. El precepto tiene una innegable vocación de excluir, y además con carácter excepcional, proyectos que deberían ser objeto de una evaluación ambiental y, por tanto, entendemos que la voluntad del legislador fue en todo momento la de establecer una lista de *numerus clausus*, esto es, de supuestos tasados a los que se podría aplicar esta posibilidad, repetimos, excepcional.

Avala esta postura el hecho de que en el mismo artículo estudiado, en particular en los apartados uno y dos, se citan los supuestos de planes y programas excluidos de evaluación ambiental estratégica⁵ y los proyectos excluidos⁶ de evaluación ambiental, respectivamente, como un listado de *numerus clausus* y no como *numerus apertus*. El apartado tres no puede ir en sentido contrario a los apartados precedentes, y no se entendería que el legislador optara por establecer una enumeración ejemplificadora de dos supuestos excepcionales, no se sabe exactamente con qué finalidad, frente a la técnica utilizada en los apartados uno y dos del art. 8.

Es más, el hecho de que uno de los supuestos sea un caso tan particular como es el caso de la construcción de centros penitenciarios, lejos de subrayar el carácter abierto y meramente ejemplificativo de la lista, determina exactamente lo contrario.

⁵ El referido precepto dispone que «esta Ley no se aplicará a los siguientes planes y programas: a) Los que tengan como único objeto la defensa nacional o la protección civil en casos de emergencia. b) Los de tipo financiero o presupuestario».

⁶ «a) Los relacionados con los objetivos de la defensa nacional cuando tal aplicación pudiera tener repercusiones negativas sobre tales objetivos. b) Los proyectos detallados aprobados específicamente por una Ley. Estos proyectos deben contener los datos necesarios para la evaluación de las repercusiones de dicho proyecto sobre el medio ambiente y en la tramitación de la Ley de aprobación del proyecto se deben cumplir los objetivos establecidos en esta Ley».





La inclusión de dicho supuesto en la Ley 21/2013 de evaluación ambiental se debe a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, correspondiente al recurso 110/2009 por el que se impugna la resolución de 12 de diciembre de 2008, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 28 de noviembre de 2008, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un nuevo centro penitenciario en la ciudad de Pamplona (Navarra). Esta sentencia supuso la anulación del mencionado acuerdo. La normativa de aplicación⁷ no señalaba en ningún momento a este tipo de centros; es más, ni tan siquiera incluía un listado de casos excluidos de evaluación ambiental sino simplemente una referencia genérica a supuestos excepcionales. El hecho de que la Ley 21/2013 sí lo haga, independientemente del reproche que se pueda formular a un legislador que produce una norma al dictado de lo acaecido en una sentencia, indica de forma palmaria la importancia de incluir casos tasados para asegurar, de esta forma, que sean objeto de exclusión de evaluación ambiental.

En cuanto a los aspectos formales, estudiamos, principalmente, el cambio de un procedimiento ordinario de evaluación ambiental a otro extraordinario que supone su exclusión de evaluación ambiental y la importancia de la motivación del acuerdo del Consejo de Ministros.

No existe referencia alguna en el acuerdo impugnado a la existencia de un procedimiento de evaluación ambiental ordinario en pleno desarrollo y que se encontraba, en el momento de producción del acuerdo objeto de la sentencia, en un avanzado estado, esto es, en plena fase de exposición al público del estudio de impacto ambiental y del proyecto para que se pudieran formular alegaciones a los referidos documentos. No se trataba, como suele suceder en estos casos, de un acuerdo del Consejo de Ministros tomado ante una situación catastrófica o de urgencia que no admite demora y que debe prescindir de la incoación del procedimiento ordinario, más garantista pero más largo y complejo⁸, sino, muy al contrario, de

⁷ La Disposición adicional segunda 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, al tratar la exclusión de proyectos del trámite de evaluación de impacto ambiental por motivos excepcionales disponía en su apartado primero que «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 trámite de evaluación de impacto ambiental. En tales casos, se examinará la conveniencia de someter el proyecto excluido a otra forma de evaluación».

⁸ En este sentido debemos subrayar que los Acuerdos del Consejo de Ministros por los que se ha declarado la exclusión del procedimiento de evaluación de impacto ambiental de los últimos cinco años responden todos a la necesidad de paliar un daño objetivo provocado por las fuerzas de la naturaleza (fundamentalmente destrozos producidos por temporales de mar y por avenidas de ríos) y no a una infraestructura motivada por razones preventivas. En este sentido sirvan para acreditar esta afirmación la resolución de 20 de junio de 2014, de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, por el que se declaran excluidas del trámite de evaluación ambiental las obras de emergencia producidas por los temporales del mes de febrero de 2014 en la Comunidad Autónoma del País Vasco, *Boletín Oficial del Estado* n.º 158, de 30 de junio de 2014, y la Resolución de 22 de septiembre

cambiar, por razones estratégicas, el procedimiento ordinario por otro excepcional. La fundamentación de dicho cambio debe ser parte nuclear del cuerpo del acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, y, sin embargo, no existe dicha fundamentación en el contenido de ese acuerdo; es más, ni siquiera se subraya, al menos, qué urgencia repentina pudo acaecer entre el inicio del procedimiento ordinario de evaluación ambiental y el acuerdo del Consejo de Ministros que merezca este giro copernicano hacia un nuevo procedimiento que supone la exención de evaluación ambiental del proyecto. Este hecho se explica menos cuando el cambio a un procedimiento carente de evaluación ambiental se produce en un ámbito de gran importancia y sensibilidad ecológica por la presencia de una Zona de Especial Protección como es la de los Sebadales de San Andrés.

En este sentido el Tribunal Supremo razona que «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». Por tanto, el Tribunal Supremo avala en esta sentencia que un acto administrativo que debe contener elementos de justificación de gran calado⁹ no motive a qué se debió el cambio de un procedimiento ordinario de evaluación ambiental a uno excepcional¹⁰, y que despache esta cuestión de vital importancia con una párrafo que tiene más que ver con una suposición que con un verdadero razonamiento jurídico.

II) *La contratación administrativa de la obra*

Recordemos que, según los hechos descritos y no discutidos en la sentencia, en el intervalo entre el anuncio del Consejo de Ministros (junio de 2014) y el anuncio de exclusión del proyecto de evaluación ambiental con su tardía publicación en el

de 2010, de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 30 de julio de 2010, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto Obras de emergencia recuperación de las arenas de las playas dañadas por los temporales 2009-2010 en la provincia de Cádiz y se toma razón de la ejecución de las obras correspondientes, por importe de 1 500 000 euros, *Boletín Oficial del Estado* n.º 241, de 5 de octubre de 2010.

⁹ No en vano el apartado cuarto del art. 8 de la Ley 21/2013, que describe el procedimiento que debe seguir la Administración para proceder a dicha exclusión, subraya la necesidad de dicha motivación disponiendo en la letra b) que «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».

¹⁰ De hecho, en la demanda se exhiben dos documentos de la propia Autoridad Portuaria en los que declaraba que no veía la existencia de una situación de urgencia y por lo tanto no apreciaba la necesidad de excluir el proyecto de evaluación ambiental.



BOE (18 de marzo de 2015) se procede a la publicación de la licitación de la obra (julio de 2014) por el procedimiento de urgencia, y no por el de emergencia como es normal y lógico para situaciones supuestamente catastróficas o de emergencia, y a la posterior adjudicación a la empresa Sacyr Construcción S.A. de dicha obra (octubre de 2014), todo ello, subrayamos, sin mediar la correspondiente publicación de la Declaración de Emergencia de la obra en el *Boletín Oficial del Estado*, tal y como exige el art. 8.4 apartado b) de la Ley 21/2013, de Evaluación de Impacto Ambiental.

El Tribunal Supremo entendió ajustado a la legalidad que un proyecto que se excluye de evaluación ambiental porque debe ser ejecutado de inmediato sea objeto de una tramitación administrativa respecto a su contratación que no busca acortar los plazos, aunque ello suponga una demora en la realización de la obra¹¹.

Asimismo, y lo que es más preocupante, el Tribunal Supremo avala que se proceda a la licitación de la obra sin que exista en el mundo del derecho un acto administrativo que sirva de cobertura para la ejecución de la obra, calificando este hecho de «anomalía», o, para ser más precisos desde el punto de vista jurídico, como una irregularidad no invalidante. Sin embargo, debemos subrayar que el acto administrativo no despliega sus efectos y, por lo tanto, no existe para el mundo jurídico hasta, en este supuesto, su publicación, que además viene mandatada por la Ley de evaluación ambiental (art. 8.4, sobre la necesidad de publicar en el *BOE* el acuerdo de exclusión y los motivos que lo justifican). Pues bien, el Tribunal Supremo da por bueno que el anuncio que aparece en la web de la Moncloa en el que se da un mero tratamiento periodístico a las cuestiones tratadas semanalmente en el Consejo de Ministros sea suficiente para legitimar un procedimiento de contratación administrativa de una obra, otorgando efectos jurídicos a una publicación que en ningún caso sustituye al *BOE* y que no cumplía con las exigencias legales puesto que no contenía los motivos justificantes de la exclusión de la obra. Se trata de un peligroso salto al vacío por parte del Tribunal Supremo cuyas consecuencias prácticas pueden

¹¹ El Tribunal Supremo razona en el Fundamento Jurídico Tercero que «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». Es decir, que el haber acudido a un procedimiento de contratación más dilatado en el tiempo se justifica en la sentencia razonando que podría ser conveniente pero no era obligatorio acudir a la tramitación de urgencia y que, de alguna forma, así se ganaba tiempo para que se procediera a la publicación del acuerdo que justificara la necesidad de actuar con prontitud. Lo cierto es que la publicación de la resolución fue de alguna forma provocada por los propios recurrentes al comunicar tanto a la Autoridad Portuaria como a la empresa adjudicataria del contrato la posibilidad de presentar una querrela criminal por daños contra el medio ambiente ante el anuncio de que se iba a comenzar la obra en el mar sin existir acto administrativo alguno publicado que legitimara la ejecución de dicha obra.

ser muy graves y atentan contra los elementos básicos que conforman la teoría general del acto administrativo¹².

III) *Aportaciones de lege ferenda*

Ante las graves consecuencias que se pueden derivar a partir de esta sentencia, nos permitimos realizar unas aportaciones de *lege ferenda* que puedan reconducir futuras situaciones.

Primera: el Tribunal Supremo no está habituado a llevar a cabo una verdadera valoración de los medios de prueba dados el carácter eminentemente casacional de este Tribunal y una jurisprudencia asentada que apunta que «cualquier alegación referida a una desacertada apreciación de la prueba debe partir de la premisa de que los medios probatorios aportados al proceso, su valoración, y la convicción resultante sobre los hechos relevantes para decidirlo incumben en exclusiva a la Sala sentenciadora, que no puede ser suplantada o sustituida en tal actividad por esta Sala de casación, pues el defecto en la valoración de la prueba no constituye motivo de casación en este orden contencioso-administrativo». La regla general descrita solamente se rompe en casos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba; la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba, ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o a las reglas que disciplinan la carga de la prueba, o a la formulación de presunciones; o, en fin, cuando se alegue que el resultado de dicha valoración es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad. El hecho de que el Tribunal Supremo actuara en este caso en primera y única instancia y no como tribunal casacional y, por tanto, pudiendo entrar de lleno en la valoración de las pruebas documentales presentadas no hace sino subrayar lo dicho en líneas anteriores, esto es, la falta de costumbre del mencionado Tribunal en cuanto a la valoración real de las pruebas.

En este sentido se propone que cuando el Tribunal Supremo actúe en primera y única instancia, y para el caso de que se presenten pruebas documentales, se pronuncie sobre cada una de las piezas probatorias.

Segunda: se debe evitar, como en el caso estudiado, que el mismo magistrado ponente de las medidas cautelares sea el ponente de la sentencia. Este hecho, que resulta algo habitual en la organización del reparto de asuntos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, va en contra de las garantías que se deben implementar para la consecución de un juicio justo. Independientemente de que la decisión final sea

¹² El Tribunal Supremo señala en el Fundamento Jurídico Tercero que «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».



colegiada, el hecho descrito solamente responde, a nuestro entender, a la precariedad de recursos humanos y materiales que aquejan a la justicia española, favoreciendo un caldo de cultivo en el que el magistrado que haya entendido del asunto desde el principio (como es el caso del auto de medidas cautelares) sea también el ponente de la sentencia.

Difícilmente un magistrado, como es el caso, que ha tomado la importante decisión de no suspender la ejecución de una obra (o al contrario) va a dictar una resolución judicial anulando el acuerdo impugnado, con la consiguiente retroacción al momento anterior de la producción del acto y, por consiguiente, la *restitutio in natura* o restablecimiento de lo ejecutado a la realidad anterior. Es más, incluso la habitual implementación por parte de los jueces y tribunales del principio de *fumus bonis iuris*, que no discutimos aquí, nos llevaría a la conclusión de que el magistrado ponente ya empieza a vislumbrar cuáles son los argumentos jurídicos que avalan la no suspensión de la obra y que exhibirá con posterioridad en la sentencia. Por otra parte, la existencia de un voto particular, añadimos, muy beligerante respecto a la resolución adoptada, en el auto que decidió sobre las medidas cautelares, debió motivar, en su momento, que fuera un magistrado distinto el ponente de la sentencia. Se trata, al fin, de una técnica utilizada en el ámbito sancionador administrativo (la diferenciación entre órgano instructor y decisor) que, *mutatis mutandis*, entendemos de aplicación para este tipo de casos en los que una decisión sobre las medidas cautelares puede comprometer la objetividad de la resolución sobre el fondo del asunto.

En este sentido se propone una modificación de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, en el sentido apuntado en aras de garantizar una mayor objetividad de la justicia.

En definitiva, y de forma sintética, la sentencia comentada avala, entre otras cosas, que se excluya un proyecto de obra de evaluación ambiental en una zona con una Declaración de Impacto Ambiental negativa, sin haberse declarado concluida una evaluación ambiental ordinaria ya iniciada y que se ejecute dicha obra mediante un contrato adjudicado sin que haya existido previamente acto administrativo alguno que legitimara dicha exención.

Malos tiempos para la lírica.

RECIBIDO: marzo de 2018, ACEPTADO: abril de 2018

