

Jurisprudencia contencioso-administrativa: nuevos desarrollos de la protección del suelo no urbanizable y de la tutela cautelar

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza. Proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2012-35345, Instrumentos territoriales de protección de la biodiversidad.

Sumario.—1. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL SUELO NO URBANIZABLE ESPECIALMENTE PROTEGIDO: ¿UN NUEVO CAMPO PARA EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN?.—1.1. *Introducción: el contexto legislativo en que surge la jurisprudencia actual.*—1.2. *El deber de motivar la desprotección del suelo no urbanizable especial.*—1.3. *¿Debe ser considerado el suelo no urbanizable especialmente en todo caso protegido una categoría reglada o sólo de forma oportunista para controlar su desprotección?*—A. El origen de la línea jurisprudencial en consonancia con la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998.—B. La consolidación de la línea jurisprudencial bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008: la resistencia del suelo no urbanizable especialmente protegido frente a su desclasificación como consecuencia de su carácter reglado.—1.4. *Otra consecuencia del carácter reglado del suelo no urbanizable especialmente protegido: la competencia autonómica para controlar la legalidad de la desclasificación.*—1.5. *Los preservación del suelo no urbanizable ordinario: ¿el crecimiento urbano precisa de motivación específica?*—Bibliografía citada.—2. TUTELA CAUTELAR DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y OBRAS PÚBLICAS.—2.1. *Antecedentes fácticos y judiciales: la confirmación de la legalidad del proyecto del Puerto de Granadilla.*—2.2. *Una difícil decisión: posición mayoritaria y voto particular.*—2.3. *La aparente inutilidad práctica de la medida: cambio legislativo y continuación de las obras.*—Bibliografía citada.—3. SENTENCIAS EN MATERIA DE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS.—3.1. *Valor del inventario de SEO/Birdlife para la designación de una ZEPA.*—3.2. *Carácter debido de la propuesta de LIC.*—3.3. *Procedimiento de elaboración de los PRUG y superioridad jerárquica respecto al planeamiento urbanístico.*—3.4. *Responsabilidad patrimonial de la Administración por la declaración de un espacio natural: los daños tiene el carácter de «permanentes», no de continuados.*—4. OTRAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.—4.1. *Anulación de un reglamento autonómico en materia de residuos.*—4.2. *Anulación parcial de una ordenanza local en materia de antenas de telefonía móvil.*—4.3. *Ponderación de las competencias estatales en materia de costas y competencia autonómica de protección del medio ambiente.*—4.4. *Legitimación de una asociación vecinal e impugnación de una exención de evaluación de impacto ambiental.*

* * *

Las líneas jurisprudenciales examinadas no tienen un carácter radicalmente nuevo. Más bien, se trata de avances en líneas ya establecidas. En realidad, se trata de avances en la protección ambiental que pueden llegar más allá del punto de consenso de que habían gozado hasta ahora. Por un lado, una jurisprudencia protectora del suelo no urbanizable especialmente protegido que se ha independizado de concretos datos legislativos y ha sentado una doctrina de la no regresión en la protección que quizá no termine de encajar con la realidad de los suelos que actualmente están clasificados como no urbanizables especiales, en muchas ocasiones no en atención a su interés ambiental, sino en defensa de las competencias locales frente a los criterios de determinada legislación estatal o a los proyectos sectoriales autonómicos. No obstante, junto a esta protección quizá excesiva de los suelos no urbanizables especiales, sí parece un claro avance la exigencia de motivación de los crecimientos urbanísticos, que supone una mayor protección del suelo no urbanizable común u ordinario.

Junto a lo anterior, un paso adelante en la tutela cautelar del ambiente natural: frente a una obra pública de interés general, como es la ampliación de un puerto, que cuenta con declaración de impacto ambiental positiva y la conformidad de la Comisión Europea, se prima la protección de una especie vegetal que no se halla en peligro de extinción ni amenazada, por más que tenga una indudable importancia ecológica. De nuevo, quizá se ha sobrepasado el punto de consenso, hasta el punto de que se haya producido un infrecuente voto particular.

1. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL SUELO NO URBANIZABLE ESPECIALMENTE PROTEGIDO: ¿UN NUEVO CAMPO PARA EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN?

El régimen jurídico del suelo no urbanizable es una de las asignaturas pendientes de nuestro Derecho urbanístico, una cuestión de escaso interés para un legislador que tenía preocupaciones más acuciantes¹. No obstante, de una concepción de esta clase de suelo como un recurso barato que, por su falta de servicios, sólo es apto para determinados usos, se está pasando paulatinamente a concepciones en que se valoran los aspectos ambientales de esta clase de suelo, sobre todo por lo que se refiere al suelo no urbanizable especialmente protegido, cuyo régimen jurídico va separándose paulatinamente del aplicable al ordinario o común.

Una manifestación extrema de esa tendencia se manifestaría en la intangibilidad de los suelos integrados en la Red Natura 2000: sólo su degradación o «evolución natural, científicamente demostrada», permiten que, tras una información pública y el asentimiento de la Comisión Europea, pueda acordarse su descatalogación (Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad art. 48 y Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se

1. PAREJA (2006: pg. 295-322).

aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, artículo 13.4, párrafo segundo). Además de preverse, en términos más genéricos, que la utilización de los terrenos con valores ambientales, científicos o paisajísticos que sean objeto de protección estará sometida a la preservación de esos valores (Real Decreto Legislativo 2/2008, artículo 13.4, párrafo primero).

Aunque se trate de un régimen excepcional, el aplicable al suelo no urbanizable especialmente protegido se está aproximando gradualmente por obra de la jurisprudencia.

1.1. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO LEGISLATIVO EN QUE SURGE LA JURISPRUDENCIA ACTUAL

El control judicial de la clasificación –en realidad, de la desclasificación– de suelo no urbanizable especialmente protegido, es una de las cuestiones más relevantes en la jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Supremo, con varias manifestaciones durante los últimos meses.

En el art. 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, el legislador optó por un concepto reglado de suelo no urbanizable con la finalidad de convertir el suelo urbanizable en la clase residual, regulación posteriormente reforzada por medio del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, en cuyo art. 1 se contenía una modificación parcial de la Ley 6/1998, dando nueva redacción al art. 9.2, entre otros, con la finalidad de reforzar las facilidades de transformación del suelo urbanizable, aumentando la oferta de suelos urbanizados. Con este fin, entre otras cosas, se daba un carácter todavía más reglado a la clasificación del suelo no urbanizable, eliminando el inciso final que anteriormente figuraba en el art. 9.2, en el que se contenía aquel de los criterios que concedía mayor discrecionalidad en la práctica al planificador urbanístico («así como aquellos otros que [el planeamiento general] considere *inadecuados para un desarrollo urbano*»). El Real Decreto-Ley 4/2000 se convertiría en la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, con algunas modificaciones derivadas en buena medida de la toma en consideración de la STC 164/2001, de 11 de julio–, entre ellas la relativa al criterio de la «inadecuación» para el desarrollo urbano, que se reintroduce aunque intentando reforzar su carácter de concepto jurídico, no de habilitación discrecional al planificador. De acuerdo con la redacción dada por medio de la Ley 10/2003 al inciso final del apartado 2º del art. 9, tendrían también la consideración de suelo no urbanizable:

«... aquellos otros [terrenos] que considere inadecuados [el planeamiento general] para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística».

Esta fórmula prolongaría su vigencia hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, antecedente del vigente Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, texto legal en el que se prescindió de las clases de suelo, y por tanto del no urbanizable².

El citado Real Decreto-Ley 4/2000 fue recurrida por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por razones formales, materiales y competenciales: falta del presupuesto habilitante e infracción de los límites materiales del Decreto-Ley, exceso respecto de la competencias estatales en materia urbanística delimitadas por la STC 61/1997, y lesión de la garantía institucional de la autonomía local (art. 137 CE), del mandato de protección del medio ambiente (art. 45 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Este recurso daría lugar a la STC 137/2011, de 14 de septiembre, en la que, sin embargo, el Tribunal Constitucional se limitó a enjuiciar los límites constitucionales del Decreto-Ley, que consideró sobrepasados al haber utilizado una norma excepcional para hacer frente a una situación estructural, soslayando una interesante cuestión competencial que sí fue objeto del voto particular presentado por los magistrados Delgado Barrio y Aragón Reyes³.

En un plano general, las normas citadas son muestra de un intento más de hacer política urbanística desde el Gobierno de la Nación, limitando para ello hasta el límite de lo admisible la libertad del planificador urbanístico.

La clasificación del suelo era considerada hace relativamente poco tiempo un núcleo de discrecionalidad del planificador urbanístico. Algo que no es una especificidad española, sino que es generalmente aceptado en los ordenamientos europeos, de lo que es muestra el amplio margen de apreciación reconocido en esta cuestión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la Administración⁴.

Discrecionalidad cuya primera reducción sustantiva se había producido con la acuñación jurisprudencial del concepto de suelo urbano como categoría reglada: esa clasificación sería el mero reconocimiento de un dato fáctico, unas determinadas características de un suelo ya transformado urbanísticamente, de tal manera que su clasificación como urbano es –en muchos casos– un acto debido para la Administración Pública. Una consideración análoga ha sido introducida por el Tribunal Supremo para el suelo no urbanizable especialmente protegido, aunque no referido a la clasificación sino, por el contrario, a la «desclasificación». Lo ha hecho en dos fases: el interés público en el mantenimiento de la protección llevó en un primer momento a establecer un elevado estándar de motivación cuando el planificador optaba por *desproteger* porciones de esa clase de suelo, para pasar posteriormente a

2. Sobre el cambio que supuso el cambio desde el tradicional suelo no urbanizable al suelo en situación rural, *vid.* C. PAREJA (2008: pg. 81-110).

3. Sobre esta sentencia, *vid.* G. VALENCIA (2012: pg. 219-222) y M. BASSOLS (2012: P. 37-57).

4. Es una muestra la Decisión de Inadmisión *Gabriele Übleis c. Austria*, de 11 de octubre de 2011, en un caso de cambio de la clasificación urbanística de unas parcelas de suelo urbanizable a suelo verde o no urbanizable, comentada en BOUAZZA (2012: pg. 112-118).

entrar a controlar los aspectos sustantivos de la clasificación, con referencia expresa en algunos casos al principio de no regresión de la protección ambiental, que encontraría así un nuevo campo de aplicación.

A mi juicio es muy relevante que incluso esta segunda exigencia jurisprudencial, apoyada inicialmente en el texto literal de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, ha sobrevivido a la vigencia de ese texto legal, fundamentándose en recientes sentencias del Tribunal Supremo en el principio de sostenibilidad del urbanismo incorporado al Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. Puede apuntarse que, en ocasiones de forma un poco confusa, el Tribunal Supremo no ha prescindido de la exigencia de motivación –tradicionalmente un mecanismo de control de la discrecionalidad– cuando ha abrazado la concepción del suelo no urbanizable especialmente protegido como categoría reglada, lo que motiva que en las líneas siguientes se traten ambos separadamente, pese a que frecuentemente confluyan en una misma sentencia.

En todo caso, puede apreciarse en los últimos años un creciente número de pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta relevante cuestión⁵, alguno de

5. En el último año pueden citarse las siguientes sentencias de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo: de 20 de abril de 2012 (RJ 2012, 6032) (recurso de casación núm. 4413/2008), ponente Pilar Teso Gamella, a propósito del PGOU de San Ciprián de Viñas –oficialmente, San Cibrao das Viñas– (Orense); de 5 de julio de 2012 (RJ 2012, 7732) (recurso de casación núm. 4543/2010), ponente Rafael Fernández Valverde, a propósito de la impugnación por el Ayuntamiento de Logroño del Convenio Urbanístico suscrito por la Administración de la Comunidad Autónoma para el desarrollo de una ecociudad en su término municipal; de 5 de julio de 2012 (RJ 2012, 8282) (recurso de casación núm. 3869/2010), ponente Rafael Fernández Valverde, sobre la impugnación por el Ayuntamiento de Logroño de la declaración de interés supramunicipal de zona de interés regional (ZIR) para el desarrollo de una ecociudad (ECOZIR) de vivienda de protección oficial en la zona de La Fonsaleda y El Corvo en el término municipal de Logroño; de 5 de julio de 2012 (JUR 2012, 253991) (recurso de casación núm. 4066/2010), ponente Rafael Fernández Valverde, recurso presentado por la «Asociación de empresarios de la construcción, promoción y afines de La Rioja» contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Rioja, adoptado en su sesión de 19 de septiembre de 2008, por el que se declara el interés supramunicipal de Zona de Interés Regional (ZIR) para el desarrollo de una ecociudad (ECOZIR) de vivienda de protección oficial en la zona de La Fonsaleda y El Corvo en el término municipal de Logroño; de 10 de julio de 2012 (JUR 2012, 260409) (recurso de casación núm. 2483/2009), ponente Rafael Fernández Valverde, recurso interpuesto por la «Asociación Villanueva de la Cañada sostenible» contra un plan parcial de Villanueva de la Cañada; 6385/2012, de 28 de septiembre de 2012 (recurso de casación núm. 1009/2011), ponente María del Pilar Teso Gamella, recurso de casación interpuesto contra la desestimación del recurso contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de aprobación definitiva del Plan Parcial de Reforma Interior de desarrollo del Área de Planeamiento Remitido Instalaciones Militares de Campamento y de ratificación del convenio urbanístico relativo a la «operación campamento», así como contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid que aprobó «*las actuaciones en relación con el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid*» derivadas de la Sentencia de este Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007 en el ámbito de «Arroyo del Fresno» como carente de falta de reclasificación, declara la eficacia retroactiva a la aprobación de documentación complementaria y la conservación de los acuerdos de aprobación definitiva del Plan General declarado nulo en parte; 6509/2012, de 28 de septiembre de 2012 (recurso de casación núm. 2092/2011), ponente María del Pilar Teso Gamella, sobre la impugnación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 28 de noviembre de 2007 que en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007 aprobando «*la documentación complementaria a la memoria del*

ellos objeto de comentario doctrinal en función de su relevancia⁶, así como, en general, un interés doctrinal en aumento, bien por el tema de la discrecionalidad en la planificación urbanística, bien por la cuestión específica de las garantías de pervivencia del suelo no urbanizable especial⁷.

1.2. EL DEBER DE MOTIVAR LA DESPROTECCIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE ESPECIAL

Ese deber de motivar, desarrollo de la jurisprudencia sobre los contenidos preceptivos de la memoria del plan, aparece en sentencias como la de 3 de julio de 2007 (fto once), como un argumento a mayor abundamiento junto con el carácter reglado del suelo no urbanizable especial⁸, aunque no deje de producirse una cierta incongruencia cuando se utilizan ambos argumentos simultáneamente.

No obstante, por un lado, hay pronunciamientos recientes que se basan únicamente en la falta de argumentación (reconociendo, implícitamente, la facultad de realizar el cambio de clasificación con una motivación adecuada) y, por otro lado, sentencias que utilizan congruentemente ambos argumentos.

vigente Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, relativa a la subsanación de las determinaciones de la clasificación del suelo no urbanizable protegido » que había sido declarado nulo en la citada sentencia.

En las tres sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 se contienen además interesantes consideraciones en torno a los convenios urbanísticos –no cabría aplicar su régimen cuando se trate de proyectos supramunicipales, debiendo acudirse a las normas generales de contratación– o a la autonomía municipal, que comprendería la ordenación urbanística, que responde prioritariamente a los intereses del municipio (el Tribunal Supremo cita en apoyo de su tesis, entre otras, la STC 51/2004, de 13 de abril), lo que vetaría los proyectos supuestamente supramunicipales que se limitasen a un solo término municipal.

6. Vid. RUIZ LÓPEZ (2010: pg. 225-237) o SANTAMARÍA ARINAS (2012: pg. 193-206).

7. Pueden destacarse los trabajos de AGUDO (2004 y 2010: pg. 71-112), BARREDA (2008), JORDANO FRAGA (2009), BÉRMEJO LATRE (2012: pg. 599-611) y, tomando como referencia el supuesto específico de la servidumbre de protección de costas, SÁNCHEZ LAMELAS (2012: pg. 2125-2146).

8. STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª) de 3 de julio de 2007 (RJ 2007, 3753) (recurso de casación núm. 3865/2003), ponente Segundo Menéndez Pérez. En la Sentencia de 3 de julio de 2007 se examinaron varios supuestos de cambio de la clasificación de determinados ámbitos de suelo no urbanizable especialmente protegido, que pasan a convertirse en urbanizables. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la revisión de 1997 del Plan General de Madrid, anulando la reclasificación como urbanizable de ámbitos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección. En la sentencia de instancia se argumentaba que el art. 45 de la Constitución impone a los poderes públicos los deberes de defender y restaurar el medio ambiente y que toda la legislación debe interpretarse de acuerdo con estos deberes constitucionales, lo que comporta que la alteración por el planeamiento de las clasificaciones preexistentes de suelo que supongan un régimen de protección para el suelo no urbanizable no queda amparada por una genérica discrecionalidad, sino que debe recibir una motivación expresa apoyada en motivos de interés público. En el recurso se aducen varios argumentos: que la normativa urbanística en ningún momento establece que unos terrenos clasificados en determinado momento como suelo no urbanizable deban considerarse inmutables en su condición de tales; en la discrecionalidad de que goza el planificador a la hora de determinar el modelo de desarrollo urbano; el carácter de la Memoria del Plan, que no tiene por qué contener una motivación minuciosa de cada novedad introducida en el plan, sino una motivación amplia de los cambios; o, finalmente, que el carácter discrecional comporta que sea el recurrente quien haya de probar que los límites de la discrecionalidad se han sobrepasado.

Por un lado, la insuficiente motivación sigue apareciendo como única *ratio decidendi* en pronunciamientos como la Sentencia de 5 de noviembre de 2010⁹, en la que se anuló la desprotección con el siguiente argumento (fto segundo):

«... según una jurisprudencia consolidada, *el deber de motivación del planificador urbanístico ha de ser más riguroso y preciso cuanto más reducido sea el ámbito territorial abarcado por la modificación del Plan* de que se trate –sirva de ejemplo la sentencia de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7345) (casación 2573/2005). Y también señala la jurisprudencia que *se deben motivar con especial rigor y detalle las alteraciones del planeamiento*, incluso en la Revisión de un Plan General, cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, *conlleven una desclasificación del suelo no urbanizable de especial protección para su conversión en suelo susceptible de transformación* –sentencias de 3 de julio de 2007 (RJ 2007, 3753) (casación 3865/2003) y 7 de junio de 2010 (JUR 2010, 213331) (casación 3953/2006)–. [...] no cabe tachar de anómalo, ni contradice lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el reparto de la carga de la prueba, que la sentencia de instancia atribuya a la Administración demandada el deber de justificar debidamente la modificación puntual impugnada ...»

Por otro lado, hay una utilización conjunta pero coherente en casos como el de la Sentencia de 21 de julio de 2011¹⁰, sobre la negativa de la Administración al paso de un suelo, desde la clasificación de no urbanizable especial a, en parte, ordinario y, en parte, a urbanizable: la inexistencia o desaparición de los valores que motivaron la clasificación de suelo no urbanizable especialmente protegido corresponde a quien pretende la desclasificación, por lo que procedía desestimar la pretensión del propietario. No se trata de un pronunciamiento aislado. En el mismo sentido se pronunció en su momento la Sentencia de 17 de febrero de 2003 (fto quinto)¹¹:

«El punto de partida es el de que se está en presencia de un suelo «especialmente protegido», naturaleza otorgada en virtud de una decisión administrativa, cuya necesidad de modificación es necesario justificar. No ha de olvidarse que el «suelo especialmente protegido» tiene unas características propias que motivan esa clasificación. La modificación de esa clasificación es posible, pero exige acreditar que han desaparecido aquellas condiciones y características que dieron lugar, en su día, a la clasificación de «especialmente protegido» de un determinado suelo».

También en un sentido similar puede situarse la argumentación de la Sentencia de 25 de octubre de 2006¹², relativa a un suelo clasificado en función de su valor paisajístico (fto segundo):

«no le será posible al planificador modificar esa clasificación por otra que permita, ya o en el futuro, incluirlo en el desarrollo urbano, sin justificar antes, de modo razonado y suficiente, que aquel o aquellos valores, o no existían realmente, o son

9. STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª) de 5 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7932), recurso de casación núm. 5103/2006, ponente Eduardo Calvo Rojas.

10. STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª) de 21 julio 2011 (RJ 2011, 6757), recurso de casación núm. 25/2008, ponente Eduardo Calvo Rojas.

11. Recurso de casación núm. 6221/1999, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero.

12. Recurso de casación 3713/2003, ponente Segundo Menéndez Pérez.

ya inexistentes, o no pueden seguir siendo protegidos, allí, en aquel suelo, por causas jurídicamente atendibles».

Finalmente, en ocasiones el énfasis no se pone en la motivación, sino en la prueba: en la ya citada Sentencia de 3 de julio de 2007 se señala que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación de colaboración con jueces y tribunales en el curso del proceso que consagra el art. 118 de la Constitución determina que esa parte esté especialmente obligada a aportarlas, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad (fto trece). A partir de ahí, se argumenta que no basta con afirmaciones genéricas en cuanto al modelo urbano, cuando se hace una reconsideración que restringe los ámbitos de suelo no urbanizable especialmente protegido (fj 17):

«La duda, como ya hemos dicho, perjudica a la Administración autora del Nuevo Plan General, pues en su Plan anterior consideró necesario proteger suelos que ahora desprotege y no debe, por no disponer ahí de una potestad meramente discrecional y sí, más bien, reglada, ampararse sólo en la presunción de racionalidad del nuevo planeamiento en su conjunto, que hubiera de ser combatida y destruida por el impugnante, sino justificar que aquella desprotección no conculca las normas jurídicas que rigen la clasificación de los suelos no urbanizables protegidos».

1.3. ¿DEBE SER CONSIDERADO EL SUELO NO URBANIZABLE ESPECIALMENTE EN TODO CASO PROTEGIDO UNA CATEGORÍA REGLADA O SÓLO DE FORMA OPORTUNISTA PARA CONTROLAR SU DESPROTECCIÓN?

La consideración de la decisión de clasificar suelo como no urbanizable, sin apellidos, ha sido considerada hasta fechas recientes como discrecional por algunos autores¹³, aunque la doctrina más cualificada considerase que se trataba de una discrecionalidad instrumental –por oposición a la discrecionalidad fuerte–, próxima a la discrecionalidad técnica, en la que la Administración debía aplicar conceptos jurídicos indeterminados que se remitían a criterios técnicos¹⁴. Consideración que parece que no fue alterada por la entrada en vigor de la Ley 6/1998, de régimen del suelo y valoraciones, pese a la voluntad declarada del legislador estatal¹⁵.

La clasificación del suelo como no urbanizable especialmente protegido nunca parece haber sido un ámbito exento del control judicial, pudiendo encontrarse pronunciamientos que, normalmente a instancias de los propietarios, *consideraban inadecuada esa clasificación*. En la STS de 8 de marzo de 1993¹⁶ el Tribunal Supremo, al aceptar los fundamentos de la sentencia apelada, consideraba que las previsiones del

13. Por ejemplo, BARREDA (2008: pg. 83)

14. DESDENTADO (1997: pg. 418).

15. DESDENTADO (1999: pg. 432-435).

16. STS de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1590), recurso de apelación núm. 10172/1990, ponente Mariano de Oro-Pulido y López.

Reglamento de Planeamiento de 1978 destinadas al suelo no urbanizable especial¹⁷ no podían ser de aplicación general al conjunto del suelo urbanizable y que la Administración debía acreditar la concurrencia de las circunstancias que justificaban la aplicación de un régimen especial de protección. Igualmente pueden localizarse sentencias en las que, ante el recurso interpuesto por los propietarios, el Tribunal Supremo anuló la clasificación, aunque no se niegue la existencia de la discrecionalidad, sino que se acude a una de las técnicas clásicas de reducción de la misma, como es el control de los hechos determinantes: en este sentido, la STS de 8 de octubre de 1990¹⁸, que consideró inadecuada la clasificación como rústico protegido del terreno de una parcela de pequeñas dimensiones inmediata a un aparcamiento y a una plaza pública, ya que «la realidad de los hechos, por un lado, y la coherencia necesaria en el desarrollo de los criterios de planificación, por otro, determinan la conclusión de que la calificación litigiosa no se ajusta a las exigencias de racionalidad en la actuación administrativa» (fto tercero).

No faltan tampoco sentencias en las que se confirma la clasificación de un suelo como no urbanizable especialmente protegido invocando el carácter reglado de esa categoría de suelos, pudiendo citarse en este sentido la Sentencia de 15 de noviembre de 1995, en la que el Tribunal Supremo señalaba que la clasificación del suelo como no urbanizable especialmente protegido no es una decisión puramente discrecional, sino que «prima el criterio real en la clasificación»¹⁹.

No obstante, los casos de confirmación de la clasificación realizada por la Administración en el plan impugnado no son demasiado significativos, puesto que en otros pronunciamientos la confirmación se apoya con toda naturalidad en la discrecionalidad del planificador²⁰.

En realidad, el incremento de la protección y defensa del paisaje se considera un argumento suficiente para legitimar el paso de un suelo no urbanizable ordinario a la categoría de especial protección, como se hace en la Sentencia de 14 de febrero de 2007²¹. Ya el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana había desestimado el recurso contencioso-administrativo y confirmado la legalidad de la Modificación

17. Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el Desarrollo y Aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, art. 36.

18. STS de 8 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7842), ponente Francisco Javier Delgado Barrio. Otro supuesto en que se consideró adecuado el control judicial de fondo de la decisión de clasificar un suelo como no urbanizable especialmente protegido, aunque resolviendo a favor de la Administración ante la falta de pruebas aportadas por el recurrente fue la STS de 15 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8333) (recurso de apelación núm. 3849/1990, ponente Pedro Esteban Álamo).

19. Sentencia de 15 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8333), recurso de apelación núm. 3849/1990, ponente Pedro Esteban Álamo, a propósito de la revisión del PGOU de Madrid; en el mismo sentido, Sentencia de 3 de noviembre de 1998, recurso de apelación núm. 7296/1992, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero.

20. En este sentido puede citarse la Sentencia (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª) de 3 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8004), recurso de apelación núm. 7296/1992, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero.

21. Recurso núm. 5559/2003, ponente Rafael Fernández Valverde.

Puntual del Plan General de Benicarló que dio una nueva clasificación a los terrenos de la entidad recurrente, que pasaron de suelo no urbanizable «común» a no urbanizable de «especial protección». Las razones parecen haber sido la protección de un yacimiento arqueológico ibero y, en lo que afectaba a la finca de la recurrente, la protección paisajística de un cerro rodeado por un extenso llano, configuración geográfica infrecuente en la provincia de Castellón. La sentencia de instancia, en argumento también recogido por el Tribunal Supremo, parte una vez más del carácter reglado de la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1995. De forma un tanto incoherente, aunque la decisión de la Administración iría más allá de lo estrictamente indispensable para la finalidad perseguida, la importancia de la protección del paisaje llevaría a no aplicar criterios o reglas de afección mínima a los derechos de los particulares (fto cuarto). En tal sentido se cita, no sólo la normativa regional, sino la Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) para la protección de aquellos parajes o culturales que se considera que presentan «interés excepcional que exige que se conserven como elementos del patrimonio mundial de la humanidad entera», por ser además «bienes único e irremplazables cualquiera que sea el país a que pertenezcan»; y, por otra parte, el Convenio Europeo del Paisaje, hecho en Florencia el 20 de octubre de 2000, que busca promover la implantación de políticas integrales de protección del paisaje que no se limite a la conservación de los parajes considerados de especial valor, o a la tutela indirecta a través de instrumentos ambientales, sino que proceda a establecer los instrumentos y los medios necesarios para acometer, de forma directa e integrada una política de «protección, gestión y ordenación de los paisajes». En el mismo sentido se invoca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²² y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²³.

No obstante, en otros casos es la discrecionalidad del legislador lo que legitima el aumento de la protección y sirve de argumento para desestimar el recurso. Así, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia e, indirectamente, la decisión administrativa por la que se había clasificado un suelo como no urbanizable de especial protección paisajística y ambiental, frente a la pretensión del particular recurrente, que solicitaba que se considerase suelo no urbanizable de uso minero, con la argumentación de los valores ambientales a preservar y la discrecionalidad de la Administración para adoptar las decisiones más convenientes para su preservación²⁴.

En la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo pueden encontrarse incluso supuestos concretos en los que este órgano judicial consideró que la clasificación como suelo no urbanizable especial resultaba obligada, entrando a rectificar la realizada por la Administración: puede citarse como ejemplo la STS de 23 de abril de

22. Sentencia 102/1995, de 26 de junio.

23. Sentencia de 25 de septiembre de 1996, Buckley contra el Reino Unido, y las cinco Sentencias de 18 de enero de 2001, asuntos Coster, Beard, Chapman, Lee y Jane Smith contra el Reino Unido.

24. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, de 21 de julio de 2008, recurso de casación 5380/2004, ponente Eduardo Calvo Rojas.

1996²⁵, en la que se confirmó en casación la sentencia de instancia en la que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había sustituido la clasificación de una marisma como suelo urbanizable no delimitado por suelo no urbanizable especial, aplicando para ello tanto el Derecho internacional –concretamente, el Convenio de Berna de 19 de septiembre de 1979 sobre conservación de la vida silvestre y el medio natural en Europa– como la normativa catalana sobre espacios naturales protegidos.

A. El origen de la línea jurisprudencial en consonancia con la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998

La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valores, convirtió el suelo urbanizable en residual, lo cuál fue visto en algunos sectores de opinión como un atentado al medio ambiente. Sin embargo, ha tenido una consecuencia que bien puede considerarse beneficiosa para la conservación ambiental: la configuración jurisprudencial del suelo no urbanizable especialmente protegido como una categoría reglada, lo que supone una fuerte protección frente a su desprotección. Esta jurisprudencia se ha aplicado en varias ocasiones con ocasión de conflictos generados por el intento de implantar proyectos autonómicos de carácter supramunicipal, pero con claras repercusiones urbanísticas, aunque también se ha aplicado al hilo de cambios en el planeamiento urbanístico, como sería el caso de las significativas sentencias de 25 de octubre de 2006, respecto a la revisión del PGOU de Palma de Mallorca²⁶ o de 3 de julio de 2007, a propósito de la revisión del Plan General de Madrid²⁷.

La jurisprudencia sobre el carácter reglado del suelo no urbanizable especialmente protegido surge y se consolida al amparo del art. 9.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valores, en sentencias como la ya citada de 3 de julio de 2007 –aunque en ella se invoca conjuntamente el art. 12 del TRLS de 1992–, o la de 7 de junio de 2010, en la que se establecía la prevalencia de esa clasificación sobre las determinaciones de planes sectoriales específicos²⁸.

A partir de pronunciamientos como la Sentencia de 17 de febrero de 2003²⁹, a propósito de una modificación puntual de unas normas subsidiarias (las del Muni-

25. STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª) de 23 de abril de 1996 (RJ 1996, 3381) (recurso de apelación núm. 4636/1990), ponente Jaime Barrio Iglesias.

26. Sentencia de 25 octubre 2006 (RJ 2007, 764) Recurso de Casación núm. 3713/2003, ponente Segundo Menéndez Pérez. En el caso, en la aprobación provisional por el Ayuntamiento el suelo en cuestión pasaba de no urbanizable especialmente protegido por interés paisajístico a urbanizable no programado, aspecto del que se apartó la aprobación definitiva, que correspondía al Consell Insular, que mantuvo la clasificación anterior, decisión confirmada judicialmente.

27. STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª) de 3 de julio de 2007 (RJ 2007, 3753) (recurso de casación núm. 3865/2003), ponente Segundo Menéndez Pérez.

28. (RJ 2010, 5513) Recurso de casación núm. 3953/2006, ponente Eduardo Calvo Rojas. Se trataba del «Proyecto sectorial para la implantación de una plataforma logística-industrial en Salvaterra do Miño e As Neves», aprobado por la Xunta de Galicia, que afectaba a un suelo de protección forestal.

29. Sentencia (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª) de 17 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2891), recurso de casación núm. 6221/1999, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero.

pio de Meruelo, en Cantabria), aunque las expresiones no sean tan categóricas como en sentencias posteriores, puede considerarse plenamente asentada no sólo la doctrina del carácter reglado del suelo urbanizable de especial protección, sino las consecuencias de protección frente a la desclasificación discrecional de dicho suelo (fto sexto):

«... en la modificación del suelo “no urbanizable especialmente protegido” el autor del planeamiento *no dispone de una plena discrecionalidad*, no siendo posible el cambio de clasificación del suelo cuando no concurren las circunstancias físicas que lo hacen posible. *Mientras no se acredite que se han perdido los valores “agrícolas”, “forestales”, “ambientales”, o, “de otro tipo” que justificaron la adscripción original el cambio no es posible.* Estas modificaciones, y como se ha dicho, no han resultado acreditadas en este recurso. Del mismo modo, el “ius variandi” del autor del planeamiento tiene el límite que supone los valores “agrícolas”, “forestales”, y “ambientales”, cuya existencia y permanencia adscriben de modo ineludible un determinado suelo a la categoría de “no urbanizable especialmente protegido”. De la misma manera que no hay “ius variandi” en el suelo urbano (a los efectos de clasificación del suelo, no de su calificación), tampoco hay “ius variandi” cuando del suelo especialmente protegido se trata, *a menos que se produzca la pérdida de los valores que en su día justificaron la clasificación*, lo que no ha sucedido en este recurso. El reproche sobre la indebida apreciación de la desviación de poder tampoco puede prosperar. La ausencia de justificación del cambio de clasificación urbanística, la finalidad explícitamente declarada de “posibilitar” actividades industriales declaradas de interés social, y la secuencia temporal de los hechos impugnados configuran un entramado de actos que permiten concluir que sobre el vicio de legalidad apreciado se superponga la desviación de poder que la sentencia impugnada declara. *La imposibilidad del cambio de clasificación urbanística pretendida impide la aplicación del artículo 44.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, que se alega en algún motivo, pues este precepto exige para su aplicación el “suelo no urbanizable común” que, por lo razonado, no concurre aquí».*

No obstante, es preciso señalar que determinadas argumentaciones del Tribunal Supremo ya permitían presumir que esta línea jurisprudencial iba a tener continuidad más allá de los cambios legislativos, especialmente al señalar la necesidad de una interpretación conforme a la Constitución –y específicamente al mandato constitucional de protección del medio ambiente– de la normativa urbanística. En la formulación de la Sentencia de 3 de julio de 2007 (fto décimo, A):

«Si el artículo 45 de la Constitución impone a los poderes públicos los deberes de defender y restaurar el medio ambiente, habrá que interpretar las normas jurídicas estatales que sucesivamente fueron recogiendo en los artículos 80 b) de la Ley del Suelo de 1976, 24 b) del Reglamento de Planeamiento, 12 de la Ley del Suelo de 1992 y 9 de la Ley 6/1998, no en el sentido de que el planificador disponga de una opción entre dos decisiones igualmente justas cuando se enfrenta a esa cuestión de clasificar un suelo, o no, como no urbanizable protegido, sino en el sentido de que tal clasificación es obligada, reglada, tanto si el suelo de que se trata está incluido en el ámbito de aplicación de normas o legislación específica que lo sometan a un régimen de protección incompatible con su transformación urbanística, como si, pese a no estarlo, concurren en él, y con el grado de intensidad requerido, los valores a los que sucesivamente se han ido refiriendo aquellos artículos. Así, fijándonos

en esta sentencia en aquel artículo 12 de la Ley del Suelo de 1992, por ser el formalmente vigente y aplicable al tiempo de la aprobación definitiva de la Revisión impugnada, era obligada, reglada, la clasificación de un suelo como no urbanizable protegido si lo en él existente, reconocible, apreciable, era su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, o posibilidades de explotación de sus recursos naturales, o valores paisajísticos, históricos o culturales, o, en fin, si la razón lo imponía así para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico [conclusión que sería idéntica si hubiéramos de fijarnos en el artículo 80 b) de la Ley del Suelo de 1976; e incluso más exigente si tuviéramos que prestar atención al artículo 9 de la Ley 6/1998, pues en éste, tanto en su redacción originaria como en la dada por el Real Decreto-Ley 4/2000 y por la Ley 10/2003, ha desaparecido el adjetivo excepcional y no deja de haber una matizada ampliación del elenco de valores a tomar en consideración; asimismo, los valores concurrentes en los suelos, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, determinan, al igual que otras causas, que deban estar, en todo caso, en la situación de suelo rural, según el artículo 12.2.a) de la aún no vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo]».

En la jurisprudencia reciente pueden citarse en la misma línea, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero³⁰, 15 de marzo³¹ o 21 de julio de 2011³².

B. La consolidación de la línea jurisprudencial bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008: la resistencia del suelo no urbanizable especialmente protegido frente a su desclasificación como consecuencia de su carácter reglado

Sin embargo, ha tenido continuidad más allá de la vigencia del texto legal a cuyo amparo surgió. En la Sentencia de 5 de julio de 2012 (recurso 3869/2010, fto quinto) se afirma categóricamente que *«el carácter reglado del suelo no urbanizable de especial protección por concurrir las circunstancias previstas en el citado artículo 9.1 del la LRSV, entonces vigente, se sigue manteniendo cuando concurren las circunstancias que ahora se contemplan en el actual 12.2.a) TRLS08»*. Yendo más allá en su argumentación, el Tribunal Supremo reafirma la prevalencia de la protección urbanística del suelo no urbanizable especial sobre los proyectos sectoriales:

«... el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible que se establece en el artículo 2 TRLS de 2008, al que antes se ha hecho referencia, y la consiguiente protección del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística, prevista en el número 2.b) de ese precepto, vincula no solo al planeamiento urbanístico, sino también a los instrumentos de ordenación del territorio».

30. Sentencia de 11 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1381), recurso de casación núm. 414/2007, ponente Pilar Teso Gamella.

31. Sentencia de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2140), recurso de casación núm. 1247/2007, ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, confirmación de la clasificación realizada por la Administración en función de la existencia de valores ambientales.

32. STS de 21 julio 2011 (RJ 2011, 6757), recurso de casación núm. 25/2008, ponente Eduardo Calvo Rojas.

El carácter reglado no comporta que sea una categoría reservada par los supuestos de regímenes legales de protección previstos en una norma general, sino que existe una habilitación al planificador urbanístico que viene obligado a articular las medidas adecuadas para la protección de determinados valores. En caso contrario, el argumento del carácter reglado del suelo no urbanizable protegido podría tener un doble uso: fue utilizado por el TSJ de La Rioja en su Sentencia de 4 de mayo de 2010 (fto tercero), dictada a propósito de la declaración de interés supramunicipal de zona de interés regional para el desarrollo de una ecociudad –objeto del recurso de casación resuelto por la Sentencia de 5 de mayo de 2012–, para considerar sin efecto la mera declaración formal que se hace en el Plan General de Logroño por no comportar ningún régimen urbanístico específico:

«El suelo no urbanizable es de naturaleza reglada. [...] Serán las leyes de ordenación del territorio y urbanismo las que establezcan las categorías de suelo no urbanizable. Por lo tanto, el hecho de que el plan general de ordenación urbana municipal de Logroño clasifique como suelo no urbanizable especial los terrenos ahora afectados por la declaración de zona de interés regional, carece de virtualidad anulatoria de esta declaración en la medida en que el suelo afectado por la declaración de zona de interés regional en el presente caso no consta que esté sometido a un concreto régimen especial de protección. [...] según el plan general de ordenación municipal de Logroño el régimen del suelo no urbanizable genérico se viene a identificar con el urbanizable no delimitado, de modo que, por exclusión, todo el suelo no urbanizable viene a ser considerado como no urbanizable especial».

No obstante, el argumento fue rechazado categóricamente por el Tribunal Supremo (fto cuarto) apoyándose en el artículo 12.2.a) del TRLS de 2008:

[...] quedan preservados de su transformación urbanística mediante la urbanización los terrenos que deben incluirse en la ordenación territorial y urbanística por estar excluidos de esa transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, pero también, e igualmente «en todo caso», los incluidos en la ordenación territorial y «urbanística» por los valores en ellos concurrentes, entre otros, los paisajísticos, así como aquellos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.

No se comparte por ello la consideración que hace la sentencia de instancia en el sentido de que el hecho de que el PGM de Logroño –cuya competencia, por cierto, correspondía a la Administración autonómica– clasifique como suelo no urbanizable especial los terrenos afectados por la declaración de la zona de interés regional, carece de virtualidad anulatoria y que no consta que esté sometido a un concreto régimen especial de protección».

La conclusión de todo lo anterior sería doble: una, evidente, la consolidación de la línea jurisprudencial que pone énfasis en la protección del suelo no urbanizable especial, que aparece anclada en el valor constitucional del medio ambiente, al margen por tanto de vaivenes legislativos; dos, el carácter reglado del suelo no urbanizable especial es meramente instrumental, al servicio de un objetivo de elevación del estándar de protección, de tal manera que cuando no es útil a tal fin, especial-

mente en los casos en los que lo impugnado es la protección, no la desprotección, se alega el carácter discrecional de la planificación urbanística sin aparente embarazo.

1.4. OTRA CONSECUENCIA DEL CARÁCTER REGLADO DEL SUELO NO URBANIZABLE ESPECIALMENTE PROTEGIDO: LA COMPETENCIA AUTONÓMICA PARA CONTROLAR LA LEGALIDAD DE LA DESCLASIFICACIÓN

Aunque con matices, en orden al margen de apreciación de la Comunidad Autónoma a la hora de denegar la aprobación definitiva de los planes urbanísticos, desde la Sentencia de 13 de julio de 1990, el Tribunal Supremo establece una clara distinción entre aspectos reglados y discrecionales, aunque en los reglados se establezca una distinción adicional en función de que exista o no un interés supralocal, atribuyendo a la Comunidad Autónoma no sólo un control externo de los aspectos reglados de la clasificación del suelo, sino incluso el margen de apreciación de los conceptos jurídicos cuando exista un interés supralocal³³.

En aplicación de esa doctrina, el Tribunal Supremo parece considerar que la apreciación en los conceptos jurídicos indeterminados —que es indudable que concurren en la determinación del suelo no urbanizable especialmente protegido— corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma. O, al menos, así se desprende de la contundencia de las resoluciones en los dos supuestos en que se ha enfrentado a la cuestión: en la Sentencia de 25 de octubre de 2006³⁴, se trataba de la aprobación provisional de la revisión del Plan General por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, que

33. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 13 de julio de 1990 (RJ 1990, 6034), ponente Francisco Javier Delgado Barrio, fundamento cuarto:

«... concretar la extensión del control de la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento en los siguientes términos: A) *Aspectos reglados del plan: control pleno de la Comunidad con una matización para el supuesto de que entren en juego conceptos jurídicos indeterminados*—es bien sabido que éstos admiten una única solución justa y que por tanto integran criterios reglados—: a) Si la determinación del planeamiento que se contempla no incide en aspectos de interés supralocal, el margen de apreciación que tales conceptos implican corresponde a la Administración municipal. b) *Si el punto ordenado por el plan afecta a intereses superiores ese margen de apreciación se atribuye a la Comunidad*. B) Aspectos discrecionales. También aquí es necesaria aquella subdistinción: a) Determinaciones del plan que no inciden en materias de interés comunitario. Dado que aquí el plan traza el entorno físico de una convivencia puramente local y sin trascendencia para intereses superiores ha de calificarse como norma estrictamente municipal y por tanto: a') Serán, sí, viables los controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tal como en este terreno las viene concretando la jurisprudencia—sentencias de 1 y 15 de diciembre de 1986, 19 de mayo y 11 de julio de 1987, 18 de julio de 1988, 23 de enero y 17 de junio de 1989, 20 de marzo, 30 de abril y 4 de mayo de 1990, etc.—. b) No serán en cambio admisibles revisiones de pura oportunidad: en este terreno ha de prevalecer el modelo físico que dibuja el Municipio con la legitimación democrática de que le dota la participación ciudadana que se produce en el curso del procedimiento. b) Determinaciones del planeamiento que tienen conexión con algún aspecto de un modelo territorial superior: además de lo ya dicho antes en el apartado a'), aquí y dado que «en la relación entre el interés local y el supralocal es claramente predominante este último»—sentencia ya citada del Tribunal Constitucional 170/1989— resulta admisible un control de oportunidad en el que prevalece la apreciación comunitaria».

Sobre la relevancia de esta sentencia y su repercusión en el control del ejercicio de la potestad de planeamiento por los Ayuntamientos, DESDENTADO DAROCA (2009: pg. 85-87).

34. Sentencia de 25 de octubre de 2006 (RJ 2007, 764), recurso de casación núm. 3713/2003, ponente Segundo Menéndez Pérez.

incluía un cambio de clasificación por el que el suelo en cuestión pasaba de no urbanizable especialmente protegido por interés paisajístico a urbanizable no programado, aspecto del que se apartó la aprobación definitiva, en la que el Consejo Insular de Mallorca mantuvo la clasificación anterior, decisión confirmada judicialmente en instancia, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los propietarios, y mantenida por el Tribunal Supremo; en el caso resuelto por la Sentencia de 22 de julio de 2011³⁵, el Ayuntamiento de Utrera había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Sevilla por el que se había denegado la aprobación definitiva de una modificación del Plan General de Ordenación Urbana, dirigida a la creación de suelo industrial y terciario mediante el cambio de clasificación de suelo no urbanizable protegido por razones agropecuarias, recurso que fue estimado en primera instancia, pero no por el Tribunal Supremo, que tras estimar el recurso de casación procedió a desestimar el recurso contencioso-administrativo y confirmar la decisión de la Comunidad Autónoma.

1.5. LOS PRESERVACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE ORDINARIO: ¿EL CRECIMIENTO URBANO PRECISA DE MOTIVACIÓN ESPECÍFICA?

La concepción del suelo no urbanizable como un recurso de escaso valor está presente en sentencias del Tribunal Supremo relativamente recientes, como la de 28 de diciembre de 2005³⁶, cuyo punto central es la interpretación de la norma que prevé la posibilidad de establecer construcciones e instalaciones de interés público en suelo no urbanizable³⁷. Aunque evidente el interés público de una estación depuradora de aguas residuales, el TSJ había considerado insuficientemente justificada la necesidad de su emplazamiento en el medio rural. Sin embargo, para el Tribunal Supremo no resultó dudoso que una instalación de las características de las estaciones depuradoras deba ubicarse en suelo no urbanizable, que considera su ubicación natural. Es significativo que el Tribunal Supremo entiende que, al hacer esta afirmación, está aplicando una doctrina jurisprudencial consolidada, citando supuestos como la ubicación de un centro penitenciario, en los que se liga la necesidad de emplazamiento en el medio rural no sólo a los casos en que la naturaleza de la actividad a desarrollar está

35. Sentencia de 22 de julio de 2011 (RJ 2011, 6803), recurso de casación núm. 4250/2007, ponente Pilar Teso Gamella.

36. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, de 28 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 2043), ponente Rafael Fernández Valverde.

37. La norma en vigor era el art. 20.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, muy similar al art. 85 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril. En términos similares, en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, art. 13.1, párrafo segundo, se establece lo siguiente: «Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural».

conectada a los fines propios del suelo rústico, sino también, «por una vía indirecta, negativa o por consecuencia, cuando las características de la actividad de utilidad pública o interés social sean rechazadas por el suelo urbano»³⁸.

Sin embargo, las posiciones dominantes en el urbanismo actual son claramente contrarias a la dispersión de núcleos de población y especialmente a la creación de nuevos núcleos, considerando una necesidad imperiosa articular el crecimiento urbanístico de acuerdo con procedimientos menos gravosos para el medio ambiente³⁹. En este sentido se ha producido algún importante pronunciamiento doctrinal poniendo en guardia contra una de las últimas manifestaciones de la utilización del suelo no urbanizable como recurso que permite abaratar las inversiones en actividades productivas, como es el desarrollo de las nuevas —y todavía hipotéticas— «ciudades del ocio»⁴⁰.

En la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo se afirma que «el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado». Esta afirmación tiene consecuencias en el articulado, entre ellas, que se introduzca como objetivo de la ordenación territorial y urbanística, además de la tradicional protección del paisaje, también el siguiente (art. 2.2, b):

«La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística».

Existe una creciente prevención contra la formación de nuevos núcleos de población, incluso cuando son promovidos por Administraciones públicas con fines como la promoción de viviendas protegidas, una muestra de lo cuál puede ser la anulación —a instancias del Ayuntamiento— del proyecto de una «ecociudad» en las inmediaciones de Logroño aprobada por el Gobierno de La Rioja en la Sentencia de 5 de julio de 2012, basada, entre otras razones, en la inidoneidad del suelo no urbanizable para tal tipo de actuaciones (fto sexto), lo que derivaría no sólo de las previsiones de la legislación autonómica, sino de la necesidad de interpretarlas a la luz del art. 12.2, a) del TRLS de 2008, relativo al suelo preservado de la urbanización:

«... está prohibida en suelo no urbanizable —no solo en el especial— la formación de núcleos de población, razón por la cual se prohíben [...] las parcelaciones urbanísticas que den lugar a ellos».

No obstante, la posición del Tribunal Supremo aparece mucho más claramente expresada en la Sentencia también de 5 de julio de 2012⁴¹, a propósito de la impug-

38. STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, de 22 de abril de 1992 (RJ 1992, 3837), recurso núm. 1622/1988, ponente Francisco Javier Delgado Barrio.

39. Vid. European Environment Agency (2006): *Urban sprawl in Europe. The ignored challenge*, Office for Official Publications of the European Communities.

40. Vid. F. LÓPEZ RAMÓN (2012: pg. 11-16). Sobre las vicisitudes urbanísticas de los terrenos destinados a una de las futuras ciudades de ocio, vid. X. LAZO (2013).

41. Este aspecto es acertadamente destacado en SANTAMARÍA ARINAS (2012: pg. 199-201 y passim).

nación por una asociación empresarial del mismo proyecto de «ecociudad», cuando se examina la alegación de una insuficiente valoración de la prueba aportada por la parte impugnante sobre la inexistencia de necesidad de vivienda en Logroño, argumento que había sido ignorado en la sentencia de instancia, desestimatoria:

«... efectivamente, la sentencia de instancia no valora la prueba pericial practicada como se alega en el primer y tercer motivo de impugnación y tampoco analiza la cuestión planteada referida a la *falta de justificación del Acuerdo impugnado por haberse desvirtuado, mediante esa prueba pericial a juicio de la recurrente, que no hay insuficiencia de viviendas en el PGM de Logroño, que cuenta con suelo clasificado para ubicar más de 38.000 viviendas*, como resulta de esa prueba pericial, que no se valora» (fto cuarto).

La cifra en cuestión se extrae de un informe pericial de arquitecto aportado por la parte impugnante, en el que se estima en esa cantidad el número de viviendas que el plan general vigente permitía construir (algo más de 14 mil en suelo urbano y urbanizable delimitado y el resto en urbanizable no delimitado). Además, consta que se realizó una prueba pericial a cargo de un arquitecto designado por la Sala de instancia, aunque nada se dice sobre sus resultados, puesto que no se mencionan en la sentencia recurrida en casación. La conclusión del Tribunal Supremo es que, con independencia de que el suelo no urbanizable fuese de especial protección, debe anularse el acuerdo de creación de un nuevo núcleo en suelo no urbanizable (fto sexto):

«Procede también anular el Acuerdo impugnado del Consejo de Gobierno de La Rioja de 19 de septiembre de 2008, pues no está justificado el desarrollo de la llamada «ecociudad» al que se refiere ese Acuerdo en suelo no urbanizable –con independencia ahora de que, además, está clasificado como especial por interés paisajístico en el PGM, como se ha reiterado–, al ser suficiente para atender las necesidades de vivienda que se pretende satisfacer con esa ecociudad el suelo residencial ya previsto en el PGM de Logroño».

El punto de partida del argumento que sirve de base al fallo es meridiano: «*el suelo en situación rural* –incluso el llamado tradicionalmente no urbanizable común–, al que se refiere el artículo 12.2 TRLS08, *tiene un valor ambiental*». Es decir, que si bien en el art. 10.1, a) del TRLS se permite que el planeamiento territorial o urbanístico establezcan la urbanización de terrenos en situación rural, ello está subordinado a que se trate únicamente del «suelo preciso para satisfacer necesidades que lo justifiquen». En consecuencia, la ausencia de necesidad de vivienda impediría los nuevos desarrollos, incluso destinados a vivienda de protección oficial, pues la legislación básica –y en este caso, también la autonómica– ya prevén el destino a vivienda protegida de una parte muy relevante de la que se edifique en los nuevos desarrollos, como los pendientes para la completa ejecución del plan general vigente. Tampoco los restantes objetivos señalados en el acuerdo impugnado serían motivación suficiente (fto sexto):

«Los demás objetivos previstos en el Acuerdo impugnado para la llamada «ecociudad», como son la optimización de los recursos necesarios, contribuir a la mejora de la calidad de vida, mejorar el sistema ambiental, la utilización de los recursos de forma eficiente, la promoción del reciclaje y la reutilización», también pueden

conseguirse con el desarrollo y ejecución del propio PGM de Logroño, pues esos objetivos no vienen impedidos por ese instrumento de planeamiento y tampoco por los que se puedan aprobar en su desarrollo».

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2004): *Incidencia de la protección del medio ambiente en los usos del suelo*, Barcelona, Bosch.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2010): «Mecanismos jurídicos para la limitación de la oferta de suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente* núm. 258, pgs. 71-112.

BARREDA BARBERÁ, Juan (2008): *La ordenación jurídica del suelo no urbanizable*, Valencia, Tirant lo Blanch.

BASSOLS COMÁ, Martín (2012): «Inconstitucionalidad final de la normativa sobre liberalización del suelo y reapertura del debate sobre la competencia del Estado en materia urbanística: a propósito del Voto particular a la STC 137/2011, de 14 de septiembre», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* núm. 30, pg. 37-57.

BERMEJO LATRE, José Luis (2012): «La clasificación del suelo no urbanizable ante la justicia contencioso-administrativa (Comentario a la STS de 21 de febrero de 2011)», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (coord.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial*, vol. I. España, Pamplona, Civitas, pgs. 599-611.

BOUAZZA ARIÑO, Omar (2012): «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: derechos frente a la contaminación, libertad de conciencia ambiental y protección urbanística del suelo», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Pamplona, Aranzadi, pgs. 101-120.

DESDENTADO DAROCA, Eva (1997): *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi (primera edición).

DESDENTADO DAROCA, Eva (1999): *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi (segunda edición).

DESDENTADO DAROCA, Eva (2009): «El control de la legalidad urbanística: ¿qué legalidad?», en AAVV, *El control de la legalidad urbanística. El estatuto básico del empleado público. Actas, ponencias y comunicaciones del III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública.

JORDANO FRAGA, Jesús (2009): *La reclasificación del suelo no urbanizable*, Pamplona, Aranzadi.

LAZO VITORIA, Ximena (2013): «Revisión y modificación de los planes urbanísticos: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de

mayo de 2012 (Ciudad Deportiva del Atlético de Madrid y posible localización del proyecto «Eurovegas»», en *Revista de Administración Pública* núm. 190.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2012): «Ciudades privadas para el juego», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 156, pgs. 11-16.

PAREJA I LOZANO, Carles (2006): «La evolución del derecho urbanístico en el suelo rústico o no urbanizable», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente* núm. 225, pgs. 295-322.

PAREJA I LOZANO, Carles (2008): «El suelo en situación rural», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (coord.): *El nuevo régimen del suelo*, monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, pgs. 81-110.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel (2010): «Jurisprudencia reciente sobre el carácter reglado del suelo no urbanizable: las Sentencias del Tribunal Supremo sobre la plataforma logística e industrial de Vigo y la ciudad del golf de las Navas del Marqués (Ávila)», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* núm. 22, pgs. 225-237.

SÁNCHEZ LAMELAS, Ana (2012): «El suelo no urbanizable y el suelo rural: la clasificación urbanística de los terrenos comprendidos en la zona de servidumbre de protección de costas (Comentario a la STS de 13 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso, Sección 5, número de recurso de Casación 5212/2007, ponente Eduardo Calvo Rojas)», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (coord.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial*, vol. I. España, Pamplona, Civitas, pgs. 2125-2146.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier (2012): «La acreditación de la necesidad de vivienda como requisito para la transformación del suelo rural (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 sobre la ecociudad' de Logroño)», en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)* núm. 10, pgs. 193-206.

VALENCIA MARTÍN, Germán (2012): «Jurisprudencia constitucional: agua, ruido y cautelares», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Pamplona, Aranzadi, pgs. 203-231.

2. TUTELA CAUTELAR DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y OBRAS PÚBLICAS

El caso examinado sirve de piedra de toque para las cuestiones de si la tutela ambiental debe tener carácter prevalente en la adopción de medidas cautelares y de si efectivamente lo tiene. Se trata de una infraestructura de gran importancia social, económica e incluso ambiental, puesto que se trata de la construcción de una ampliación del puerto de Tenerife que, entre otras cuestiones, debe contribuir al abastecimiento de gas licuado a Canarias, reduciendo la necesidad de utilización de las centrales térmicas para el abastecimiento eléctrico, y además ha superado los trámites

ambientales, habiendo obtenido una evaluación ambiental positiva y la aquiescencia de la Comisión Europea. Sin embargo, su construcción interfiere con la protección de una fanerógama marina, la seba, que no está en riesgo de extinción, pero que tiene una gran importancia en los ecosistemas marinos como fuente de alimento de especies como la tortuga boba. La decisión de suspender judicialmente la descatalogación parcial de la planta marina afectada es una clara muestra de la prevalencia de la protección ambiental en la justicia cautelar, aunque no es una decisión pacífica, pues se formula voto particular por dos de los cinco magistrados que componen la sección.

En todo caso, debe puntualizarse que la decisión comentada se refiere al núcleo de la «protección ambiental» y no genéricamente a la «materia ambiental», que abarca cuestiones como la imposición de sanciones o indemnizaciones a los infractores respecto de las cuáles no es apreciable ningún régimen específico en la adopción de medidas cautelares⁴².

También puede señalarse que los argumentos empleados por los tribunales hacen referencia exclusivamente al art. 45 de la Constitución, dejando de lado cualquier cita al principio de Derecho comunitario de «acción preventiva y de cautela» o «precaución», reconocido por el Tribunal de Justicia europeo desde la Sentencia de 21 de marzo de 2000, asunto C-6/99, *Greenpeace France*, seguramente por considerar que no añade nada al estado de la cuestión.

2.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y JUDICIALES: LA CONFIRMACIÓN DE LA LEGALIDAD DEL PROYECTO DEL PUERTO DE GRANADILLA

La Sentencia de 9 de julio de 2012⁴³ tiene como objeto una medida cautelar, la suspensión de la eficacia de la Orden de 2 de febrero de 2009, de la Comunidad Autónoma de Canarias, por la que se excluyó del Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias a la planta «*Cymodocea Nodosa*», exclusión con efectos en un determinado ámbito costero⁴⁴). Esta especie, la «*Cymodocea Nodosa*», también conocida como seba o grana de mar, es una fanerógama marina que tiene su hábitat entre los 10 y los 30

42. Esta distinción cabe apreciarla en decisiones como la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 de junio de 2006 (RJ 2006, 6722), ponente Rafael Fernández Valverde, como ya se ponía de manifiesto en G. GARCÍA ÁLVAREZ (2007: pg. 190).

43. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 9 de julio de 2012 (RJ 2012, 8284), recurso de casación núm. 1213/2010, ponente Pilar Teso Gamella.

44. Orden de 2 de febrero de 2009, de la Consejería Medio Ambiente y Ordenación Territorial, por la que se excluye del Catálogo de Especies Amenazadas a la población de *Cymodocea nodosa* ubicada en el ámbito comprendido entre la línea que va desde la Punta del Tanque de Vidrio, con dirección SE, y la línea que parte desde Punta de los Tarajales, con dirección SE, en el término municipal de Granadilla de Abona (Tenerife), publicado en el BO de Canarias núm. 25, de 6 febrero 2009.

Aunque el Catálogo había sido aprobado por Decreto, el artículo 5.5 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial, aprobado por Decreto 20/2004, de 2 de marzo, facultaba a la Consejería para aprobar la inclusión o exclusión de una especie, subespecie o población en el Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias o el cambio de categoría dentro del mismo.

m. de profundidad, en zonas costeras que se extienden por el Mediterráneo y las costas atlánticas del suroeste de España, oeste de Marruecos, Senegal y, precisamente, las Islas Canarias⁴⁵. A las zonas en que prolifera la planta se les denomina «sebales».

De lo problemático de la decisión puede dar idea el hecho de que la propia magistrada ponente, Pilar Teso Gamella, formulara voto particular a la decisión, al que se adhirió el también magistrado Rafael Fernández Valverde.

La sentencia del Tribunal Supremo había sido precedida por dos autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias: un primer Auto de 3 de marzo de 2009⁴⁶, acordando la suspensión cautelar, y un segundo, su confirmación resolviendo un recurso de suplica, por Auto de 15 de junio siguiente⁴⁷. Estas decisiones fueron recurridas en casación por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife y por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, dando lugar a la sentencia comentada.

En el origen del asunto está la impugnación por la «Federación Ecologista Ben Magec, Ecologistas en Acción» de la Orden del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias, de 2 de febrero de 2009, que excluyó del Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias a la población de «Cymodocea Nodosa» en la superficie marina comprendida entre la línea que va desde la «Punta del Tanque del Vidrio», con dirección SE y la línea que parte desde «Punta de los Tarajales», con dirección SE, en el término municipal de Granadilla de Abona (Tenerife).

En la decisión de suspensión parece haber sido muy relevantes los informes del Servicio de Biodiversidad de la Dirección General del Medio Natural a la alegaciones presentadas durante la información pública de diciembre de 2008, especialmente el informe complementario, de 4 de febrero de 2009, en el que se apuntaba que en el informe anterior no examinaba la posible descatalogación y que «no hay argumentos de tipo biológico o de conservación para sustentar esta decisión»⁴⁸. El Tribunal Superior de Justicia se declara consciente de los múltiples perjuicios que comporta la medida cautelar de suspensión, pero considera que debe aplicarla en virtud de la prevalencia de la protección ambiental sobre otros intereses públicos y que, además, debe hacerlo sin imponer una fianza a modo de contracautela a la entidad impugnante. En cuanto a la primera cuestión, en el Auto de 3 de marzo de 2009 se dice, entre otras cosas, lo siguiente:

«(...) es esa falta de prueba de que la descatalogación no suponga un verdadero peligro para la especie del que se hacen eco tanto la entidad actora como las distintas alegaciones

45. No confundir con la Seba de mar estrecha o Seba fina («*Nanozostera noltii*»), que aparece en el Catálogo Español de Especies Amenazadas, como especie vulnerable en el territorio de Canarias.

46. Un comentario sobre este Auto en el Observatorio Políticas Ambientales de 2010 por A. JIMÉNEZ JAÉN (2010: pg. 403-405).

47. Repertorio Aranzadi (JUR 2009, 112941) y (JUR 2009, 408577), respectivamente.

48. A. JIMÉNEZ JAÉN (2010: pg. 404).

en el curso del procedimiento, sin que el informe que justifica la descatalogación ofrezca esa garantía de que la decisión de mantener la ejecutividad de la Orden sea la más acertada, por lo que en este contexto, nos inclinamos por mantener la medida cautelar *aun siendo conscientes de que con ello también se producirán importantes perjuicios de todo tipo* que, con ser de suma relevancia, lo cual es un *hecho incuestionable* que acepta esta Sala, consideramos que *no puede prevalecer sobre el riesgo de daños al medioambiente*, [...] sin que la propia Comunidad Autónoma, que dice que se han adoptado medidas compensatorias, defienda, en su propia valoración de los intereses enfrentados, que los que representa la obra pública sean superiores al de protección de los sebales y de la propia especie ...».

La existencia de una fuerte contestación social también parece haber tenido su peso en la decisión de suspensión, a juzgar por las reiteradas referencias a las más de trescientas alegaciones presentadas durante el periodo de información pública en contra de la descatalogación⁴⁹.

En cuanto a la prestación de fianza para cubrir los probables daños derivados de la adopción de la medida cautelar, en el mismo Auto se señala lo siguiente

«exigir una fianza (...) supondría gravar a la entidad actora con las consecuencias derivadas de un proceso en el que la acción ejercitada y la pretensión procesal, en defensa de los intereses colectivos que representa la Federación, *no se dirige a paralizar una obra pública sino a que se anule y deje sin efecto una Orden Departamental de descatalogación en una determinada área de una especie protegida*, sin perjuicio de la *íntima relación o conexión que existe entre esa obra y los motivos que dan lugar a la solicitud de la medida cautelar*. (...) El peligro del año irreversible al ecosistema marino *no es cuantificable* a efectos de poder ponderar la fijación de fianza o caución, por lo que consideramos que, en este caso concreto, debe otorgarse la tutela cautelar de forma incondicionada».

Como se apunta en el párrafo anterior, lo que efectivamente subyace es la viabilidad de la obra pública a que se hace referencia en las citas transcritas, que es el abrigo exterior del puerto de Granadilla, concebido como una ampliación del puerto de Santa Cruz de Tenerife, siendo su aspecto central una nueva terminal de descarga de gas licuado, con una gran relevancia para el abastecimiento energético de las islas. Además de ello, se trata de una infraestructura básica para la plataforma logística planificada por el Cabildo Insular, que el nuevo puerto conformaría junto con el Polí-

49. En el informe se señala como «frente al informe que sirve a la Orden para justificar la decisión de descatalogación, aparecen muchas alegaciones tras la información pública (*más de trescientas*) con con-
nias referencias a conclusiones científicas en contra de la descatalogación». Posteriormente, el Tribunal vuelve sobre la cuestión de las alegaciones, que considera de suma importancia ya que afirma lo siguiente:

«*Son más de trescientas alegaciones que no puede desconocer este Tribunal frente a los cuales no puede prevalecer, lo decimos siempre a efectos de la tutela cautelar, las conclusiones o puntos de vista de una entidad privada que emite un informe en su condición de institución académica o científica, ni un informe del Servicio de Biodiversidad (folios 771 a 787) que, como reconocen expresamente sus autores, no analiza las alegaciones relativas a la descatalogación de un sector de Cymodocea nodosa sino el cambio en la categoría de calificación, pero dando por supuesto que no hay argumentos de tipo biológico o de conservación que sustenten esta decisión de descatalogación. Y a ello se unen los informes aportados como prueba documental en la comparecencia por la parte actora que siguen esta misma línea*».

gono Industria de Granadilla y el Aeropuerto Tenerife-Sur⁵⁰. Dicho proyecto ha sido cuestionado por afectar directamente a la conservación del LIC ES7020116 «Sebadales del Sur de Tenerife», del LIC ES70200049 «Montaña Roja» y a la especie de interés comunitario *Caretta caretta* (tortuga boba), lo que se ha traducido en varias denuncias presentadas por asociaciones ecologistas ante la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea⁵¹.

La impugnación de la modificación del Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias no es el único obstáculo judicial interno a que han tenido que hacer frente los promotores de la nueva instalación portuaria: el proyecto también fue objeto de una impugnación directa por la Asociación Tinerfeña de Amigos de la Naturaleza (ATAN) basada en la incompetencia de la Autoridad Portuaria para acordar la construcción del nuevo puerto –decisión que correspondería al Ministerio de Fomento– y en los *defectos e insuficiencias de la evaluación de impacto ambiental*, recurso resuelto con una *desestimación* por el Tribunal Superior de Justicia por medio de la Sentencia de 13 de febrero de 2012⁵². La Sala argumenta la desestimación en que no se trata de un nuevo puerto, sino de una ampliación del previamente existente Puerto de Santa Cruz de Tenerife, por lo que no cabe apreciar una incompetencia de la autoridad portuaria para aprobar el proyecto y, en cuanto a la evaluación de impacto ambiental, señala que el proyecto original ha sido reducido en dos ocasiones para reducir su impacto (en una de ellas, como consecuencia de la designación de un LIC en su entorno, en otra, resultado de la evaluación de impacto ambiental), sin que quepa apreciar fraccionamiento del proyecto a efectos de su evaluación y habiéndose aceptado expresamente por la Comisión Europea la necesidad del proyecto, un suficiente estudio de las alternativas y la existencia de medidas compensatorias adecuadas (dictamen de 6 de noviembre de 2006, emitido a solicitud del Reino de España, en relación con el proyecto de construcción del nuevo puerto en Granadilla y parcialmente transcrito por el Tribunal Superior de Justicia en la sentencia citada, fto quinto). En la senten-

50. A. JIMÉNEZ JAÉN (2010: pg. 404).

51. Todos estos aspectos se encuentran ampliamente documentados en la página web <http://www.oag-fundacion.org/>, correspondiente a la fundación Observatorio Ambiental de Granadilla, cuyos fundadores materiales son la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife y el Gobierno de Canarias, estando adscrita al Protectorado del Ministerio de Fomento. La Constitución de esta fundación es una de las medidas compensatorias establecidas en el Dictamen de la Comisión Europea de 6 de noviembre de 2006:

«Para garantizar que el puerto de Granadilla se construya y gestione de manera respetuosa con el medio ambiente, se establecerá una fundación independiente y permanente antes de que comiencen las obras. El papel de esa fundación será controlar el estado y las tendencias de la biodiversidad local y garantizar al mismo tiempo la aplicación adecuada de las medidas correctoras y compensatorias. Las autoridades han presentado la declaración de aprobación de los estatutos correspondientes a la creación de la fundación. La Comisión toma nota de las aclaraciones proporcionadas por las autoridades españolas en su carta de 8 de mayo de 2006, en las que se indica que se han modificado los estatutos de la fundación para garantizar su independencia institucional. Los posibles cambios futuros de los estatutos de la fundación no reducirán ni su independencia, ni sus competencias ni su permanencia. Toda modificación de los estatutos se notificará directamente a la Comisión.»

52. Sentencia 34/2012, de 13 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección segunda, recurso núm. 216/2005, ponente Helmuth Moya Meyer.

cia se reconoce que muy probablemente se van a producir daños al medio ambiente marino como consecuencia sobre todo de la distorsión de las corrientes marinas, pero considera que esos daños no son suficientes para declarar ilegal el proyecto (fto quinto, in fine):

«Pero lo cierto es que los daños se han tratado de minimizar, en primer lugar reduciendo considerablemente la dimensión del puerto, adoptando medidas paliativas, aunque algunas no tengan una eficacia contrastada; por último, con medidas compensatorias del daño probable que se producirá en los hábitats de los LIC, sometiendo a protección otros fondos marinos de similares características. *Los valores medioambientales deben ser protegidos, pero no son valores absolutos.* Existen otros valores, entre ellos el progreso económico, que deben ser salvaguardados. Las técnicas de protección de los valores naturales a través del instrumento de la declaración de impacto ambiental, han permitido en este caso una serena ponderación entre los valores en juego, analizando alternativas de desarrollo del puerto en otros puntos de la isla, y reduciendo el impacto que la obra ocasionará sobre los valores ambientales».

Desde las posiciones de los defensores del proyecto se aducen incluso beneficios ambientales a largo plazo: el aumento de la capacidad de importación de gas permitirá recurrir a centrales de ciclo combinado para la generación de electricidad, reduciendo considerablemente las emisiones de CO₂ de las centrales térmicas existentes.

2.2. UNA DIFÍCIL DECISIÓN: POSICIÓN MAYORITARIA Y VOTO PARTICULAR

La sentencia del Tribunal Supremo se articula sobre tres argumentos, condensados en el fundamento cuarto. Primero, no había razones biológicas para desproteger la seba, sino que se buscaba simplemente facilitar la construcción de una obra pública⁵³. Segundo, la prevalencia de la protección ambiental, puesto que su desprotección tendría carácter irreversible, sobre otros intereses públicos, incluso si entre ellos hubiese repercusiones positivas para el medio ambiente:

«... se trata de un puerto de interés general que constituye una infraestructura básica, y que es un elemento vertebrador de la denominada Plataforma Logística del Sur, que prevé la instalación de una planta regasificadora para la reducción de la producción de centrales térmicas de Tenerife y reducir la emisiones de CO₂. De manera que no puede desconocerse que estamos no sólo ante el interés general de carácter económico, sino que también incluye un interés medioambiental sobre la mejora de la política energética. Y de otro, se encuentra la protección medioambiental que ha de preservar la indicada especie, «Cymodocea Nodosa», que consiste en praderas marinas, pradera de fanerógamas, también denominadas sebadales. [...] En el contraste y valoración de ambos intereses públicos, medio ambiental y económico, ha de dar prevalencia al primero, porque si no se suspende el acto de exclusión del catálogo de especies

53. «... la descatalogación de la especie protegida “Cymodocea Nodosa” ha obedecido, más que a razones exclusivamente medioambientales que ahora aconsejaran desproteger lo que antes estaba protegido, a la necesidad de suprimir los obstáculos ambientales que impedían iniciar las obras de construcción de un nuevo puerto en el litoral de Granadilla de Abona (Tenerife). Esta obra pública se construye como ampliación de la infraestructura portuaria del Puerto de Tenerife, y que tiene una indudable trascendencia económica para la zona. Avala dicha conclusión que fue, precisamente, la Autoridad Portuaria, ahora recurrente, quien solicitó la exclusión de dicha especie del catálogo de las protegidas».

protegidas, *el resultado es, en todo caso, irremediable, pues la construcción del puerto comportaría la destrucción de ese sebadal. Mientras que si se suspende dicha descatalogación, como ha sucedido, tan sólo debe esperarse a la resolución del recurso, en su caso, para iniciar o continuar con las obras del puerto*».

Tercero, el Tribunal Supremo vuelve a poner énfasis en el carácter irreversible de la desprotección:

«... se debe suspender tal exclusión en el catálogo, y por tanto, considerar que sigue incluida la especie como protegida, *cuando se sabe que el daño será definitivo*, como en este caso sucede, debido a la realización de la obra pública proyectada, el puerto, que *acarreará, con toda seguridad, la desaparición de la especie en esa zona con incidencia sobre su existencia en el propio archipiélago*».

El propio Tribunal Supremo aduce la doctrina aplicada en varias sentencias anteriores sobre la prevalencia de la protección ambiental, una de ellas relativa precisamente a las obras de ampliación de un puerto de interés general, el de Gijón, en la que se paralizaron las obras cautelarmente, siendo el ponente de aquella sentencia el otro firmante del voto particular a la sentencia ahora comentada⁵⁴. En otras dos se aducía la prevalencia del interés ambiental sobre el urbanístico⁵⁵. Con esas citas parece claro que el Tribunal Supremo se limita a referirse a su doctrina, bien establecida según autores muy significativos, sobre la prevalencia de lo ambiental en la tutela

54. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7513), recurso de casación núm. 3110/2009, ponente Rafael Fernández Valverde. Ante la impugnación por el Ayuntamiento de Carreño de la ampliación del Puerto de Gijón, con muy considerables consecuencias ambientales en su territorio, parece haber sido un elemento determinante la ausencia de evaluación de impacto ambiental (fto séptimo):

«... tal ausencia de evaluación no es un dato baladí, neutro o irrelevante para decidir sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada. Pues es, justamente, la ausencia de tal evaluación –con independencia, ahora, de su exigencia legal– la que nos permite ser mas exigente con la protección medioambiental; esto es, *la ausencia de evaluación (que hubiera permitido concretar –y posiblemente minimizar– los daños que pudieran producirse por las obras de desmonte y tabulado de unos terrenos agrícolas), y la duda que la inexistencia de tal técnica de control medioambiental nos deja, es, sin duda, un dato que nos permite, en la confrontación de intereses en conflicto que realizamos, potenciar la importancia de los intereses medioambientales*. Con independencia de su exigencia legal, lo cierto es que la realización de algún tipo de control de los valores de dicha índole existentes en la zona hubiera permitido una mejor comprensión de los mismos, sobre todo en un supuesto como el de autos en el que, tanto la Administración local en cuyo término municipal se ubican los terrenos a transformar con carácter definitivo, como la Administración autonómica asturiana, en sus respectivos informes, dejaban constancia de la conveniencia de la preservación de los intereses medioambientales detectados en la zona».

55. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 23 de julio de 2009 (RJ 2010, 610) (recurso de casación núm. 5910/2007, ponente Pedro José Yaguar Gil): en el marco del proceso iniciado por el recurso presentado por la Junta de Andalucía contra el acuerdo del Ayuntamiento de Gádor considerando aprobado por silencio positivo un plan parcial, se recurría en casación la suspensión por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de acordar la suspensión solicitada.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 29 de enero de 2010 (RJ 2010, 1317) (recurso de casación núm. 5877/2007, ponente Pilar Teso Gamella): recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Junta de Galicia contra la denegación por el Tribunal Superior de Justicia de la medida cautelar de suspensión solicitada de dos planes urbanísticos –Plan Parcial y Plan Especial–, y contra la desestimación de la suplica por Auto de 17 de septiembre de 2008.

cautelar⁵⁶. Una doctrina en la que, por otra parte, parecen coincidir Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional⁵⁷.

Sin embargo, la lectura de las sentencias citadas en la decisión que se está comentando no sugiere la existencia de una doctrina jurisprudencial que establezca sistemáticamente la prevalencia del interés ambiental sobre el económico, en un caso, o sobre el urbanístico, en los otros dos. Se trata de sentencias en las que el Tribunal Supremo se enfrenta a la suspensión de unas obras portuarias de muy considerable importancia emprendidas sin evaluación de impacto ambiental⁵⁸ e impugnadas por una Administración local o a la impugnación por una Comunidad Autónoma de planes urbanísticos que presentan indicios de serias irregularidades. No sólo la irreversibilidad del daño ambiental, sino el fuerte *fumus boni iuris* o apariencia de un sólido fundamentado de la posición del impugnante —una Administración pública en los tres casos—, parece haber tenido una gran relevancia. De hecho, en el voto particular a la Sentencia de 9 de julio de 2012 que se está comentando —voto firmado por los ponentes de dos de las tres sentencias citadas para fundamentar la existencia de una doctrina de prevalencia del interés ambiental—, se señala que «*las sentencias que se citan en el fundamento sexto de la misma no se pronuncian sobre un asunto similar al examinado*» (fto quinto del voto particular).

De hecho, el principal argumento del voto particular es que no puede existir una prevalencia absoluta e incondicionada de la protección ambiental. Como se señala en el fto tercero del voto particular, «*la variable medioambiental no es siempre igual en todos*

56. No obstante, un sector doctrinal muy cualificado sí considera que existe una «doctrina solidamente consolidada en la jurisprudencia del TS» en este sentido, como se señala en J. JORDANO FRAGA (2011: pg. 350). Este mismo autor se había pronunciado con anterioridad en ese sentido respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa (1998, pgs. 169-198).

57. Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también se ha señalado un carácter proclive a la adopción de medidas cautelares en función del interés ambiental, como una expresión de los principios informadores de la Constitución, como afirma G. VALENCIA (2007: pg. 172): «el Tribunal Constitucional ha hecho suyo de diferentes maneras el carácter *informativo* de los principios rectores de la política social y económica y, entre ellos, de la protección del medio ambiente (art. 53.3 CE), y una de las más destacadas es la consideración del medio ambiente como *interés preferente* a la hora de adoptar decisiones sobre el mantenimiento o alzamiento de la suspensión de disposiciones o resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno con invocación del artículo 161.2 CE, en atención a su especial proclividad a sufrir perjuicios de difícil o imposible reparación». Con anterioridad, este mismo autor se había referido a esa prevalencia de la protección ambiental tanto a efectos de la limitación de los efectos de las sentencias, evitando las desprotección, como a efectos específicamente de suspensión de la normativa autonómica durante la tramitación del proceso: «el Tribunal aplica, de forma constante, un criterio que podríamos calificar *pro ambiente*, que consiste en considerar como interés general *preferente* a estos efectos el ambiental y, por lo tanto, apostar por la vigencia transitoria, durante la tramitación del proceso, de la disposición protectora o, en su caso, más protectora del medio ambiente. Así pues, de ordinario, se alza la suspensión de la disposición autonómica impugnada si tiene por finalidad la protección del ambiente (por eje., AATC 674/1984, 1270/1988, 101/1993, 243/1993, 335/1993, 287/1999, 251/2001, 5/2002 y 314/2004), a menos que el motivo de la impugnación sea, precisamente, que la disposición impugnada reduce el nivel de protección ofrecido por la legislación básica estatal, en cuyo caso se mantiene su suspensión (por eje., AATC 29/1990, 209/1995 y 25/2000)» (2006: pg. 228). Yendo más allá, este autor se muestra crítico con el rutinario mantenimiento de esta doctrina en supuestos en los que, pese a tratarse de una materia ambiental, las circunstancias fácticas no justifican la adopción de una suspensión, como sería el supuesto de una obra pública casi terminada en el momento de acordarse la medida cautelar (G. VALENCIA, 2012: pg. 226).

los casos, sino que debe determinarse su vigor e intensidad en cada supuesto». Afirmación sobre la que se vuelve más adelante en el voto particular (fto quinto):

«Nos encontramos, desde luego, ante un interés ambiental indudable, legítimamente defendible como todos los de tal naturaleza, pero que ha de acotarse en sus justos términos. *No todos los intereses medioambientales son iguales, pues no aparecen ni con la misma importancia ni con igual intensidad. Ni tampoco puede resolverse una solicitud de suspensión cautelar apostando siempre por el interés ambiental, prescindiendo de su específica caracterización y del vigor que reviste en cada caso concreto.* El sacrificio ambiental, a estos efectos, resulta de menor intensidad si se compara con el progreso y desarrollo que comporta para la sociedad la realización de la mentada obra pública».

En el mismo fundamento se añade lo siguiente:

«Al tiempo de adoptar una medida cautelar no se trata de contestar con un «sí» o un «no» a la protección del medio ambiente, estar a favor o en contra, para apostar siempre por la suspensión ante la invocación del más mínimo perjuicio al medio ambiente, sino de determinar minuciosamente los intereses en conflicto, su intensidad, y la naturaleza de los efectos que ocasiona la ejecución del acto o la adopción de la cautela».

No puede decirse que esta sea una posición novedosa, sino que ha sido en otros casos la posición que ha prevalecido en las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo⁵⁹.

Esta afirmación se relaciona con una serie de datos, sobre la relevancia relativa del daño ambiental: el sebadal afectado supone menos del 2% de los existentes en Canarias y se han adoptado medidas compensatorias. Pero sobre todo se sostiene que debía ponderarse el interés ambiental con los intereses públicos implicados en la construcción del nuevo puerto, un proyecto que cuenta con evaluación de impacto ambiental positivas y con el aval de la Comisión Europea, cuya relevancia económica es enorme y que incluso tendrá efectos ambientales positivos con la instalación de una terminal de descarga de gas licuado e instalaciones de regasificación, que permitirán reducir el funcionamiento de las centrales térmicas en Canarias.

2.3. LA APARENTE INUTILIDAD PRÁCTICA DE LA MEDIDA: CAMBIO LEGISLATIVO Y CONTINUACIÓN DE LAS OBRAS

Curiosamente, las obras del puerto de Granadilla continúan en la actualidad, pese a la suspensión cautelar confirmada por el Tribunal Supremo a la que se viene haciendo referencia.

58. En el Observatorio de 2011 se hacía referencia a esta sentencia precisamente bajo el epígrafe «la falta de evaluación de impacto ambiental como indicio favorable a la adopción de medidas cautelares». *Vid.* G. GARCÍA ÁLVAREZ (2011: pg. 261).

59. En este sentido, en la primera edición del Observatorio, se señalaba lo siguiente a propósito del estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: «Lo anterior puede referirse en dos afirmaciones: no siempre lo ambiental es preponderante e, incluso cuando aparezca como el interés público más característico en presencia, no bastará cualquier mínima afección para determinar el otorgamiento de la medida cautelar» (G. GARCÍA ÁLVAREZ, 2006: pg. 277).

En el año 2009, la planta «*Cymodocea nodosa*» o seba, se encontraba incluida en el Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias, en la categoría de «sensible a la alteración de su hábitat» –las otras dos categorías que aparecían en dicho catálogo, con una protección mayor, eran «en peligro de extinción» y «vulnerable»–, lo que suponía un impedimento a la realización de obras que pudieran perjudicarla. Se trata de una categoría que estaba contemplada en la legislación estatal, concretamente en el apartado b), del art. 29, relativo a la catalogación de «animales o plantas cuya protección exija medidas específicas por parte de las Administraciones públicas», entre ellas las de aquellos «sensibles a la alteración de su hábitat, referida a aquellas cuyo hábitat característico está particularmente amenazado, en grave regresión, fraccionado o muy limitado».

No obstante, la catalogación estatal no afecta ni afectaba a la seba en ese ámbito concreto, el destinado a la construcción del puerto de Granadilla: de acuerdo con el Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, de desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas, la seba no está incluida en el «Catálogo Español de Especies Amenazadas»⁶⁰, aunque sí en el «Listado de Especies Silvestres de Protección Especial», pero sólo se incluye la referencia a las poblaciones del «Mediterráneo y Atlántico de la Península Ibérica». Quizá más relevante, tampoco aparecía la seba en el «Catálogo Nacional de Especies Amenazadas», aprobado por Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo. En consecuencia, en todo momento se ha tratado de decisiones ambientales adoptadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

De acuerdo con los datos suministrados por la fundación Observatorio Ambiental de Granadilla, aunque el proyecto ya había obtenido Declaración de Impacto Ambiental favorable, al existir un considerable número de sebas en la zona marina del futuro puerto, la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife solicitó al Gobierno autonómico que excluyese de ese Catálogo a la población de sebas que se iba a ver directamente afectada por las obras, aduciendo que la viabilidad de la especie en su conjunto no se vería comprometida, lo que se justificaba con un estudio técnico-científico sobre la incidencia de la población afectada por las obras en el conjunto de la especie. La consecuencia fue la descatalogación puntual de la población de seba en la zona de las obras del puerto de Granadilla, sin perjuicio de mantener la especie en el Catálogo en otras zonas.

La motivación no fue tan burda como argumentar la mera conveniencia de contar con nuevas instalaciones portuarias. Aunque sin ocultar que el origen de la modificación

60. De acuerdo con la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, art. 55, dentro del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, se establece el Catálogo Español de Especies Amenazadas que sólo incluye dos categorías, «en peligro de extinción» –relativa a los «taxones o poblaciones cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando»– y «vulnerable» –referida a «taxones o poblaciones que corren el riesgo de pasar a la categoría anterior en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ellos no son corregidos»–, pero no «sensible a la alteración de su hábitat» o «de interés especial».

de la protección estaba en la solicitud de la Autoridad Portuaria, lo aducido es que la consideración de la seba como especie amenazada no estaba ya justificada a la luz de los conocimientos actualizados sobre su distribución geográfica, superior a lo inicialmente pensado ya que, según la información disponible en 2008 –inmediatamente antes de la descatalogación parcial–, resultaba ser muchísimo más extensa que la conocida en 2001, cuando se catalogó inicialmente. Según el Observatorio Ambiental de Granadilla, el área afectada por la descatalogación representa entre un 0,9 y un 1,26% de la que ocupa la seba en el conjunto del archipiélago canario. En la extensa motivación de la Orden de 2 de febrero de 2009 se aduce, entre otros muchos motivos, los hallazgos de nuevas sebas en cuatro nuevas cartografías inexistentes en el momento inicial: una de Fuerteventura (2006), dos de La Gomera (2006 y 2007) y una del norte de Gran Canaria (2007).

Considerando que no existía peligro para la viabilidad de especie en Canarias, la Administración de la Comunidad Autónoma descatalogó la población que iba a ser afectada por las obras por medio de la Orden el 2 de febrero de 2009 –posteriormente impugnada–, y el 13 de febrero se iniciaron las obras. La orden descatalogación fue impugnada por una organización ecologista –la Federación Ecologista Ben Magec, Ecologistas en Acción– y el día 23 de febrero, sólo diez días más tarde de iniciadas las obras, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias suspendió cautelarmente su eficacia, paralizando la desprotección de los ejemplares de seba en la costa de Granadilla.

Considerando este hecho incompatible con los trabajos proyectados, la Autoridad Portuaria decidió paralizar las obras y recurrir la medida cautelar, sin éxito, como ya se ha relatado. No obstante, ni el Tribunal Superior de Justicia ni el Tribunal Supremo han paralizado expresamente las obras, quizá condicionados por la confirmación judicial de su legalidad por la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 13 de febrero de 2012. En la actualidad, la medida de suspensión mantiene su vigencia a la espera de una decisión sobre el fondo del asunto, la impugnación de la descatalogación parcial de la seba, limitada a la costa de Granadilla.

No obstante, esta impugnación ha podido perder su objeto: el Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias-creado por Decreto 15/2001, 23 de julio-ha quedado derogado con la entrada en vigor de la Ley 4/2010, de 4 de junio, del Catálogo Canario de Especies Protegidas.

En el vigente Catálogo Canario de Especies Protegidas, la seba o «*cymodocea nodosa*» ya no figura entre las especies amenazadas (ni en el Anexo I, «Especies en peligro de extinción», ni en el Anexo II, «Especies vulnerables»), sino que queda catalogada en el Anexo III, *en el que se recoge las* «especies de interés para los ecosistemas canarios», una figura de protección de nueva creación, contemplada en el art 3.1.2 y que responde a los criterios de catalogación establecidos en el art. 6 de la Ley 4/2010.

El régimen de protección actual de la seba, de acuerdo con el art. 3.2 de la Ley 4/2010, que se refiere a los «efectos de la inclusión en el Catálogo Canario de Especies Protegidas», y cuyo apartado b) hace referencia específica a las especies de «interés para los ecosistemas canarios», sería el siguiente:

«El régimen jurídico de protección de las especies de *interés para los ecosistemas canarios* será aplicable *exclusivamente en el ámbito territorial de los espacios de la Red Canaria de Espacios Naturales Protegidos y de la Red Natura 2000*. A tal efecto, las medidas aplicables serán las previstas en los planes de gestión de los espacios naturales protegidos y de los hábitats de la Red Natura 2000 en los que se localicen. Dichos planes incluirán las determinaciones, control y seguimiento para garantizar la eficacia de la protección, o en su caso, la justificación de su innecesariedad. En todo caso, con carácter general en relación a estas especies será aplicable las prohibiciones previstas en el artículo 54.1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

En los supuestos de *actuaciones promovidas por razón de interés público y prioritario* que afecten a *especies de interés para los ecosistemas canarios*, se podrá actuar siempre y cuando no afecten sensiblemente al ecosistema, en los términos establecidos en los apartados 4 a 7 del artículo 45 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad».

En consecuencia, se ha pasado a un mecanismo de protección que se halla territorialmente acotada y que no afectaría directamente a la ubicación del puerto de Granadilla.

La conclusión es que a la seba ya no se le considera amenazada como especie, pero sí como una especie relevante que forma praderas submarinas de alto valor ecológico y de ahí su designación como «especie de interés para los ecosistemas canarios». En todo caso, al quedar la protección esta la categoría de «especies de interés» circunscrita a la Red Canaria de Espacios Naturales Protegidos o a la Red Natura 2000, la Autoridad Portuaria del Puerto de Santa Cruz de Tenerife decidió reanudar las obras: de acuerdo con la información proporcionada por el Observatorio Ambiental Granadilla en su página web, la Autoridad Portuaria reanuda las obras en julio de 2010, que continúan desarrollándose hasta la fecha⁶¹. De acuerdo con esta información el 12 de julio de 2010, la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife comunicó a las empresas adjudicatarias de las obras del nuevo puerto de Granadilla el levantamiento de la suspensión decidido por la Autoridad Portuaria el 27 de febrero de 2009, decisión que se ejecutó de inmediato.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2006): «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.): *Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006*, Pamplona, Aranzadi, pgs. 271-292.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2007): «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2007*, Pamplona, Aranzadi, pgs. 181-204.

61. <http://www.oag-fundacion.org/>, consultada por última vez el 28 de marzo de 2013.

- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2011): «Jurisprudencia contencioso-administrativa: ¿Retroceso en la protección del medio ambiente o madurez del Derecho ambiental?», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Pamplona, Aranzadi, pgs. 229-291.
- JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo (2010): «Canarias: simplificación administrativa y medio ambiente», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2010*, Pamplona, Aranzadi, pgs. 387-412.
- JORDANO FRAGA, Jesús (1998): «El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: La suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS», *Revista de Administración Pública* núm. 145, pgs. 169-198.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2011): «Andalucía: ejecución de previsiones estatutarias y legales, y protagonismo del control judicial», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Pamplona, Aranzadi, pgs. 331-352.
- VALENCIA MARTÍN,, Germán (2006): «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional», en F.LÓPEZ RAMÓN (dir.): *Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006*, Pamplona, Aranzadi, pgs. 213-269.
- VALENCIA MARTÍN,, Germán (2007): «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2007*, Pamplona, Aranzadi, pgs. 163-180.
- VALENCIA MARTÍN, Germán (2007): «Jurisprudencia constitucional: agua, ruido y cautelares», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Pamplona, Aranzadi, pgs. 203-231.

3. SENTENCIAS EN MATERIA DE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

3.1. VALOR DEL INVENTARIO DE SEO/BIRDLIFE PARA LA DESIGNACIÓN DE UNA ZEPA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 5 de julio de 2012 (RJ 2012, 8466), recurso de casación núm. 1783/2010, ponente Eduardo Calvo Rojas.

Lo impugnado en instancia fue la «Propuesta de Nuevas Áreas para su designación como Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) en Canarias», aprobado por el Gobierno autonómico y recurrido por una empresa inmobiliaria (Residencial Costa Roja S. L.). El Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso y aunque el Tribunal Supremo estima el recurso de casación –basándose en una incongruencia omisiva– confirma la legalidad del acto recurrido. Aparte de cuestiones procedimentales, como la necesidad de una información pública para modificar sustancialmente instrumentos urbanísticos alegada por el recurrente, que el Tribunal Supremo desestima por que los «ajustes de perímetro» de las zonas propuestas no son zonas sustanciales (fto jco cuarto), lo que se debate es la validez y efectos del llamado «inventario IBA 98» –

un documento elaborado por una entidad privada– como base de la propuesta aprobada por el Ejecutivo autonómico.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo, pese a tratarse de un documento de elaboración privada, está basado en criterios científicos ornitológicos, por lo que en el fundamento primero se señala lo siguiente:

«...para el caso de España el inventario IBA 89, completado en la actualidad por el inventario 98 (publicado en noviembre de 1998 por SEO/BirdLife), supone la referencia más documentada y más precisa entre las disponibles para la definición de los territorios más apropiados para la conservación y en particular para la supervivencia y la reproducción de las especies importantes. Eso se debe al hecho de que este inventario se basa en criterios ornitológicos equilibrados que permiten indicar cuáles son los lugares más convenientes efectivamente para garantizar la conservación de todas las especies contempladas en el Anexo I y otras especies migratorias».

Puede recordarse que la entidad autora del inventario base de la propuesta autonómica, SEO/BirdLife, es una asociación privada cuyo origen está en la Sociedad Española de Ornitología, creada en 1954. Entre las actividades de la entidad internacional en que esta asociación se integró –Birdlife– está la selección y estudio de las «Important Bird Areas» o IBA⁶². En el caso de las «European Important Bird Areas», aunque diversos inventarios han venido siendo publicados desde 1981, el primer inventario Pan-europeo fue publicado en 1989, abarcando 2.444 áreas en 39 países. Un segundo inventario «Pan-European IBA» fue publicado en 2000, abarcando 3.619 áreas en 51 países o regiones autónomas⁶³.

3.2. CARÁCTER DEBIDO DE LA PROPUESTA DE LIC

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª) de 18 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10222), Recurso de Casación núm. 5894/2009, ponente Eduardo Calvo Rojas).

El Ayuntamiento de Prat de Llobregat recurre el Acuerdo 112/2006, de 5 de septiembre de 2006, de la Generalitat de Cataluña, por el que se designan zonas de especial protección de aves (ZEPA) y se aprueba la propuesta de lugares de importancia comunitaria para la formación de la Red Natura 2000, en cuanto se excluía la «Pineda de Can Camins», de aproximadamente 32 hectáreas, en la propuesta de Lugar de Importancia Comunitaria «Delta del Llobregat», pese a tratarse de un hábitat prioritario comprendido en el Anexo I, código 2270 (Dunas con bosques *Pinus pinea*), lo que justificaría su inclusión en la Red Natura 2000. Desestimado el recurso en instancia, se planteó el recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y entra a considerar, entre otros extremos, lo relativo al margen de apre-

62. <http://www.birdlife.org/action/science/sites/index.html>

63. http://www.birdlife.org/action/science/sites/european_ibas/index.html

ciación de la Administración para excluir un espacio de su declaración como LIC (fto segundo):

«Lo que se suscitaba en el proceso era más bien un problema de interpretación jurídica, sobre cómo habían de entenderse las obligaciones derivadas de la Directiva de los Hábitats y del Real Decreto 1977/1995 SIC, sobre medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los Hábitats Naturales y de la Fauna y Flora Silvestres, que la traspuso a nuestro ordenamiento, en cuanto a la declaración de lugares de importancia comunitaria. Así, la controversia fundamental consistía en determinar si todo espacio en que se localice un hábitat o una especie de los señalados en la Directiva 1992/43/CEE debe ser propuesto como LIC para ser declarado como tal por la Comisión e incluido en la Red Natura 2000 –tesis del Ayuntamiento demandante–, o si, por el contrario, la propuesta solo ha de comprender una muestra significativa de los hábitats que garantice su conservación en el conjunto del territorio, lo que permitiría excluir lugares en los que se localicen determinados hábitats cuando se encuentren suficientemente representados en la propuesta –tesis de la Administración autonómica demandada–».

El Tribunal Supremo no aprecia falta de motivación, aunque señala que los motivos de la exclusión, como se deduce del expediente, no fueron ambientales (fto cuarto):

«Ese lugar de Can Camins figuraba incluido en el documento de la propuesta aprobado inicialmente, comprendido dentro del espacio denominado Delta del Llobregat-Pineda Litoral (código ES0000146-1), ya que está situado en la desembocadura del Llobregat; pero fue excluido de la propuesta finalmente aprobada, al ser atendidas las alegaciones formuladas durante la tramitación del procedimiento por el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña. En estas alegaciones se ponían de relieve las calificaciones urbanísticas de los terrenos establecidas con el objetivo de proteger el entorno aeroportuario y, al propio tiempo, para preservar y potenciar los valores naturales de la franja costera de forma compatible con las reservas del Remolar y la Ricarda y las áreas ZEPA existentes y garantizar las funciones de corredor biológico. *A ello se sumaba la prevención de que pudiera precisarse realizar actuaciones de carácter aeroportuario para el buen funcionamiento y la seguridad del aeropuerto, aunque –se señalaba– de forma compatible con la protección del entorno; y, por todo ello, en opinión del Departamento, no debían ser incluidos en la propuesta.*».

El Tribunal Supremo repasa los contenidos y fines de la Directiva Hábitats (Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres), en cuyo artículo 3 se prevé la creación de una red ecológica europea coherente de zonas especiales de conservación, la llamada Natura 2000, con objeto de contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres en el territorio europeo. A continuación se repasa la normativa española en la materia (el Real Decreto 1977/1995, de 7 de diciembre, por el que se establece Medidas para contribuir a garantizar la Biodiversidad mediante la conservación de los Hábitats Naturales y de la Fauna y Flora Silvestres), en la que se prevé que las comunidades autónomas lleven a cabo su propuesta de lugares de importancia comunitaria (LIC) y las fases que llevan a su declaración.

El Tribunal Supremo rechaza la tesis de que la propuesta de designación ha de contener una muestra significativa de los hábitats que garantice su conservación, incluso cuando se trate de hábitats prioritarios (como sería el caso de las Dunas con bosques *Pinus pinea* o *Pinus pinaster*), lo que permite no incluir determinados hábitats de interés comunitario cuando no se comprometa la representatividad del hábitat. En la sentencia se aduce que esa interpretación sería contraria a la mantenida por el TJUE en sus sentencias de 7 de noviembre de 2000, *First Corporate Shipping* (C-371/98, Rec. pg. I-9235), de 14 de septiembre de 2006, núm. C-244/2005, o, finalmente, de 14 de enero 2010 (núm. C-226/2008), en la que se resolvió una cuestión prejudicial atinente a la interpretación de la Directiva Hábitats, pronunciamientos cuyos fundamentos se citan extensamente. De acuerdo con el Tribunal Supremo, *la jurisprudencia comunitaria «niega a los Estados que puedan oponerse a la inclusión de determinadas zonas por razones no medioambientales»* (fto quinto). La conclusión del Tribunal Supremo es clara (fto quinto, in fine):

«El órgano que elabora la propuesta de lugares de interés comunitario no puede decidir la exclusión de determinadas zonas en las que está presente un hábitat natural de interés comunitario, en este caso de Dunas con bosques de *pinus pinea* (código 2270 *), categorizado como prioritario, por apreciar que la representatividad del hábitat es suficiente con la designación de otros espacios, porque la perspectiva de la suficiencia no se circunscribe ni siquiera al territorio de los Estados, sino al territorio europeo en los términos que expresa el artículo 2 de la Directiva de los Hábitats. Por ello, la propuesta de LIC debe incluir los lugares que pueden ser designados zonas especiales de conservación, y debe reflejar la situación en la que se basaron las evaluaciones científicas relativas a los potenciales lugares de importancia comunitaria.

Tampoco son razones válidas para excluir de la propuesta de LIC una zona que constituya un hábitat de interés comunitario el hecho de que eventualmente pueda precisarse la realización en ella de determinadas actuaciones, como las de seguridad aeroportuaria; y, menos aún, que la protección derivada de su consideración de LIC pueda suplantarse a través de otros instrumentos o mecanismos internos en los que se otorgue protección para evitar el deterioro o alteración del hábitat».

3.3. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS PRUG Y SUPERIORIDAD JERÁRQUICA RESPECTO AL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 20 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9753), recurso de casación núm. 5349/2010, ponente Rafael Fernández Valverde)

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la empresa «Áridos y Premezclados SAU» contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2010, por la que se desestimó el recurso contra la aprobación del Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Regional en torno a los Ejes de los Cursos Bajos de los Ríos Manzanares y Jarama.

El recurso contencioso-administrativo se había basado en la infracción del art. 30 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, en la medida en que el precepto exige informe de las Administraciones competentes en materia de urbanismo, y ello comprende no sólo a la Administración de la Comunidad Autónoma, sino también a los Ayuntamientos cuyos términos municipales se vean afectados por el Plan. De acuerdo con la Sentencia de instancia, el trámite de informe de los Ayuntamientos quedaba salvado por el informe aportado por la Junta Rectora del Parque, en la que se encontraban representados los Ayuntamientos. Además, se planteaba la invalidez del PRUG en la medida en que careció de informe del Consejo de Estado o del órgano autonómico homologable, pese a tratarse de un reglamento ejecutivo, alegación también rechazada por el Tribunal Superior de Justicia.

En este segundo aspecto, el Tribunal Supremo coincide con el criterio del Tribunal Superior de Justicia, como argumenta en el fundamento sexto. El Tribunal Supremo invoca una consolidada jurisprudencia en el sentido de que los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y los Planes Rectores de Uso y Gestión no requieren de Dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente [entre otras, cita las SSTs de 16 de junio de 2003 (RJ 2003, 4458), recurso de casación núm. 2609/1998, de 2 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 309), recurso de casación núm. 8114/1999 de 10 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 106), recurso de casación núm. 7529/1999, de 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 5992), recurso de casación núm. 4949/2004, y de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2189), recurso de casación núm. 4384/2005].

Sin embargo, sí se estima el otro motivo del recurso (fto cuarto):

«... no hay razón para excluir del informe a los Ayuntamientos y limitarlo, solo y exclusivamente, a la Administración autonómica, como si la competencia en materia de urbanismo fuera una competencia exclusiva autonómica, cuando, como es de sobra conocido, resulta que es una competencia compartida con los Ayuntamientos; por otra parte *ha de tomarse en consideración el superior rango jerárquico del Plan impugnado (PRUG), en relación con el planeamiento urbanístico municipal*».

3.4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA DECLARACIÓN DE UN ESPACIO NATURAL: LOS DAÑOS TIENE EL CARÁCTER DE «PERMANENTES», NO DE CONTINUADOS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 23 octubre 2012 (RJ 2012, 9929) Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3964/2011, ponente Santiago Martínez-Vares García.

Se recurre en instancia la desestimación por silencio de una reclamación de responsabilidad patrimonial y, ante la desestimación del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se interpone un recurso de casación para la unificación de doctrina. El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida.

Con la reclamación de responsabilidad patrimonial se pretendía por un propietario agrícola una indemnización por la pérdida de derechos e intereses patrimoniales durante los ejercicios 2005/2006 y 2006/2007 como consecuencia de la declaración de dos lagunas ubicadas en terrenos de propiedad de la actora como «reservas integrales de interés zoológico» efectuada por la Comunidad Autónoma mediante la Ley 2/1987, de 2 de abril. A diferencia de otros pronunciamientos anteriores de la misma Sala, de los que se aparta expresamente, en la sentencia de instancia se desestima la pretensión de indemnización considerando que los daños derivados de esa declaración legal son daños permanentes, y no continuados, como se había considerado hasta entonces.

En la Ley 2/1987, de 2 de abril se declararon una serie de lagunas como «reservas integrales de interés zoológico» (art. 1.1.) y se prohibió en los terrenos afectados por la declaración «toda actividad que pueda alterar artificialmente los elementos y la dinámica de los ecosistemas « de esos espacios (art. 3.1), incluyendo las actividades de caza y pesca (art. 3.2.). También se dispuso que los terrenos «quedan clasificados a todos los efectos como *suelo no urbanizable de protección especial*, prohibiéndose en ellos todo tipo de construcción» (art. 3.4). En la Ley se prevé el resarcimiento en el art. 6 que:

«1. La declaración de las Reservas Integrales lleva aneja la de utilidad pública para todos los terrenos que las constituyen a efectos de expropiación de bienes y derechos afectados. Esta facultad sólo podrá ejercitarse en el caso de que los propietarios u otros titulares de aquellos bienes y derechos no convengan con la Administración de la Comunidad Autónoma otra forma de indemnización o compensación de los daños y perjuicios derivados de la reglamentación especial que sea de aplicación.

2. *Serán indemnizables las limitaciones a la propiedad que se establezcan en relación con los usos permitidos en suelo no urbanizable».*

En este caso, las *reclamaciones de indemnización no se presentaron una sola vez, cuantificando la totalidad de los daños causados, sino de manera sucesiva por anualidades o campañas agrícolas*, reclamaciones admitidas por el Tribunal Superior de Justicia partiendo de la conceptualización de tales daños como «daños continuados», *condenando a la Administración a abonar las correspondientes cantidades por pérdida de rentas, año tras año*. En un momento determinado, la Sala *pasó a considerar que los daños que se reclamaban en estos casos eran «daños permanentes», y no «daños continuados» como había considerado hasta entonces* y a entender que las reclamaciones que se estaban presentando debían desestimarse por aplicación del art. 142.5 de la Ley 30/.992, que fija el plazo de prescripción en un año. El Tribunal Supremo considera correcta esa nueva interpretación del TSJ por aplicación de su propia jurisprudencia (fto cuarto):

«Este Tribunal ha distinguido, efectivamente, *entre daños permanentes y daños continuados «entendiéndose por los primeros aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aún cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los segundos, los daños continuados, son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de*

continuidad» (sentencia de 7 de febrero de 1.997, ya citada, a la que se remiten casi todas las sentencias de la Sala de Sevilla aquí confrontadas).

Pero esta distinción *no es tanto conceptual o teórica como práctica*. Se hace a los solos efectos de decidir si una acción está prescrita o no, para lo que se atiende al *momento a partir del cual pudieron valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo*. Por eso, para clasificar un daño en una u otra categoría, se atiende al momento en que pueden valorarse o cuantificarse esos perjuicios. [...] la distinción entre daños continuados y permanentes lo que pretende es dar una respuesta a aquellos casos en los que no es posible valorar todos los perjuicios causados en el momento en que se produce el hecho generador del daño y en los que, por tanto, no puede tomarse esa fecha como « días a quo » del plazo para reclamar. Y que, desde luego, *no es una distinción trazada en razón del carácter definitivo o perdurable del daño, pues tanto los daños «continuados» como los «permanentes» tienen esa naturaleza*. Quiere ello decir que el hecho de que se prive al propietario de manera definitiva –o cuando menos, indefinida– de un derecho (el derecho a cazar, pescar y explotar la finca de otras formas), y el hecho de que, lógicamente, ese perjuicio se produzca todos los días y todos los años que dure esa situación (en los que no se podrá cazar, pescar, cultivar, etc), *todo ello no conlleva, sin más, que el daño sea de carácter «continuado»*. *Lo será si la cuantificación de los todos los daños derivados de esa privación legal no pudo hacerse en el momento de promulgarse la Ley. Pero si pudieron determinarse y calcularse en esa fecha, entonces son daños de los que hemos llamado «permanentes»*.

Y en el caso que examinamos resulta claro que los perjuicios derivados de esa privación legal podían haberse calculado ya desde un primer momento, de la misma manera que se cuantifica de una sola vez la privación definitiva del derecho de propiedad (o de cualquier otro) en los expedientes de expropiación forzosa, a pesar de que el propietario se ha visto privado de la finca de manera definitiva. La prueba de que este cálculo era posible es que *desde aquella declaración legal no ha ocurrido nada que haya modificado un ápice la situación del propietario, o que haya condicionado de un modo u otro los parámetros o criterios que podrían haberse utilizado ya en aquel momento para calcular los perjuicios causados* (salvo el transcurso del tiempo, claro, pero esto es inevitable y previsible y, además, consustancial a los daños «permanentes» y a los «continuados», según ha quedado ya suficientemente explicado)».

4. OTRAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

4.1. ANULACIÓN DE UN REGLAMENTO AUTONÓMICO EN MATERIA DE RESIDUOS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 30 de octubre de 2012 (JUR 2012, 377684), recurso de casación núm. 3379/2009, ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

Recurso presentado por la Federación de empresas químicas y plásticos de Aragón contra el Decreto 236/2005 del Gobierno de Aragón, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la producción, posesión, y gestión de residuos peligrosos y del régimen jurídico del servicio público de eliminación de residuos peligrosos en la Comunidad Autónoma de Aragón. Desestimado en instancia por la por la

Sección Tercera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sentencia de 28 de abril de 2009, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y anula los artículos 15, 16 y 34 del Decreto impugnado, aunque rechaza la declaración de nulidad del conjunto de la norma reglamentaria. Destaca especialmente la aplicación que se hace del *principio de proximidad y suficiencia* que, de acuerdo con el Tribunal Supremo (fundamento octavo),

«pretende garantizar la existencia de una red integrada y adecuada de instalaciones de eliminación que permitan que los residuos sean depositados y destruidos en las instalaciones adecuadas más próximas, por lo que no es sino una proyección del principio de «corrección de los atentados al medioambiente en la fuente» establecido en el artículo 191.2 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (consolidado tras el Tratado de Lisboa), del que deriva, asimismo, que pueda prohibirse el transporte de residuos con destino a su eliminación. Si bien la misma no resulta aplicable, *ratione temporis*, al caso enjuiciado, el artículo 16 de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos, determina, a fin de que la Comunidad en su conjunto pueda ser autosuficiente en la eliminación y valorización de residuos urbanos mezclados en hogares privados y que los estados miembros alcancen ese objetivo individualmente, el establecimiento de una red de cooperación en materia de instalaciones de eliminación e instalaciones para la valorización de residuos urbanos mezclados recogidos de hogares privados, teniendo en cuenta las circunstancias geográficas y la necesidad de instalaciones especializadas para determinados tipos de residuos. Pues bien, el artículo 15 del Reglamento autonómico impugnado contraviene el principio de proximidad y suficiencia contenido en la legislación estatal básica en una interpretación del mismo acorde con el antes citado principio de corrección de los atentados al medioambiente en la fuente, establecido en el artículo 191.2 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (consolidado tras el Tratado de Lisboa), porque determina que la eliminación de residuos se producirá «siempre que sea posible» en el territorio de la Comunidad Autónoma, aún cuando pudiera existir una instalación más próxima adecuada para ello situada en el territorio de otra Comunidad Autónoma, lo que es contrario a la operatividad del principio de proximidad en el conjunto del Estado y no sólo en el territorio de cada una de las Comunidades Autónomas».

4.2. ANULACIÓN PARCIAL DE UNA ORDENANZA LOCAL EN MATERIA DE ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 17 de enero de 2012 (RJ 2012, 3126), Recurso de Casación núm. 297/2006, ponente Antonio Martí García

El recurso de Telefónica Móviles España, S. A. contra la Ordenanza municipal reguladora de instalaciones de radiocomunicación de Iniesta (Cuenca) fue desestimado por la Sección 1ª de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y anula parcialmente la ordenanza recurrida. El recurso se basa fundamentalmente en la incom-

petencia del Ayuntamiento, que con la Ordenanza excede su ámbito normativo. En la Ordenanza se establecen limitaciones respecto a las zonas de instalación de las estaciones base de telefonía móvil, se permite al Municipio propiciar el uso conjunto de las infraestructuras por parte de las empresas operadoras, siendo ésta una competencia exclusiva del Estado, se infringe el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos, al establecer la revisión de las licencias cada dos años y, finalmente, ningún título competencial permite el municipio imponer a las operadoras el deber de contratar un seguro de responsabilidad civil, en relación una actividad cuya regulación es competencia exclusiva del Estado. El Tribunal Supremo desestima estas alegaciones, excepto la última.

No obstante, conviene destacar que gran parte de la Ordenanza no es sino reproducción de la Ley 8/2001, de 28 de junio, para la Ordenación de las Instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha, como se destaca en la Sentencia (fto tercero), texto legal que, aunque recurrido ante el Tribunal Constitucional, ha sido declarado de forma casi simultánea conforme a la Constitución por Sentencia 8/2012, de 18 de enero. Por lo demás, el Tribunal Supremo entiende que la obligatoriedad de un Plan de Implantación como condición para la obtención de la autorización municipal es «una medida razonablemente proporcionada para asegurar la protección de intereses municipales [...], como es la garantía de una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas» (fto cuarto). Por otra parte, el Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia anterior (cita sentencias de 24 de octubre de 2006, recurso de casación núm. 2103/2004; 23 de noviembre de 2006, recurso de casación núm. 3783/2003; 6 de abril de 2010, recurso de casación núm. 4450/2007; y 15 de febrero de 2011, recurso de casación núm. 4163/2006) en el sentido de que las Ordenanzas municipales pueden establecer la obligación de simultaneizar la utilización de instalaciones para proteger intereses ambientales o urbanísticos (fto quinto). También invoca su jurisprudencia anterior (cita sentencias de 16 de julio de 2008, recurso de casación núm. 7790/2004, 17 de noviembre de 2009, recurso de casación núm. 5583/2007 y 17 de noviembre de 2010, recurso de casación núm. 2345/2005) para señalar que «no resultan desproporcionadas las medidas de temporalidad de las licencias e imposición del deber de revisión de las instalaciones, que pueden ser impuestas por los ayuntamientos siempre y que aquellas limitaciones no supongan una restricción absoluta del derecho de los operadores, y dichas determinaciones temporales estén previstas en la correspondiente normativa sectorial» (fto sexto).

Sin embargo, el Tribunal Supremo no considera aceptable la imposición del deber de suscribir una póliza de seguro (fto séptimo):

«... la obligación del titular de la licencia de aportar al ayuntamiento la acreditación de haber suscrito una póliza de seguro, que cubra la responsabilidad civil derivada de daños producidos a terceros, [...] como hemos declarado repetidamente, de las que son recientes ejemplos nuestras Sentencias de 12 de abril de 2011 y 23 de noviembre de 2010 –recurso 5333/2006 y 4780/2006–, con cita de las de 4 de mayo de 2005 y 1 de junio de 2005, *no se acomoda a Derecho la exigencia de «presentación de un seguro de responsabilidad civil que cubra las posibles afecciones a los bienes o a las perso-*

nas, pues tal exigencia no está relacionada con los riesgos causados a la salud humana, pues la cercanía a las antenas de telefonía móvil no generan para los seres humanos, al día de hoy y con los conocimientos técnicos actuales, un riesgo acreditado de necesaria cobertura, máxime si tales garantías condicionan el ejercicio de una actividad que cuenta con la autorización y control de la Administración del Estado y no parece que las empresas concesionarias de estos servicios públicos necesiten de una especial cobertura para afrontar sus posibles compromisos». Por otra parte, la citada exigencia reglamentaria carece de cobertura legal, pues no solo no pueden en su exigencia ampararse los municipios en sus competencias de protección urbanística, medioambiental, del patrimonio histórico o de la salubridad pública –se trata de posibles compensaciones a particulares frente a posibles daños– sino que es la Administración del Estado la que detenta la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, señalando el art. 75 de la Ley 50/1980 que será el Gobierno el que establezca los supuestos en que es obligatorio suscribir un seguro de esta índole».

4.3. PONDERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA DE COSTAS Y COMPETENCIA AUTONÓMICA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9151), recurso de casación núm. 5912/2009, ponente Rafael Fernández Valverde.

Se recurre por la Comunidad Autónoma la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 10 de septiembre de 2009, que estimó el recurso de la Administración General del Estado contra la Orden autonómica por la que se establecía la Reserva Marina del Migjorn de Mallorca, dado que en el art. 3.1 se prohibía «...la extracción de arenas, organismos o cualquier otro material del fondo marino».

La Administración General del Estado consideró que la limitación de explotación de los recursos marinos vivos por parte de la Comunidad Autónoma interfería en las competencias del Estado sobre el dominio público marítimo-terrestre, concretamente en la gestión del dominio público, así como en la competencia sobre obras públicas de interés general, además de ignorar la titularidad estatal del lecho del mar, además de suponer una actuación en fraude de Ley, al limitar al Estado la extracción de arena del banco subyacente a las aguas de la zona de reserva marina declarada, en aras de la protección de los recursos naturales vivos, interfiriendo en las obras de restauración de las playas adyacentes previstas en el Real Decreto-Ley 1/2002, de 22 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por las lluvias, temporales y otros fenómenos naturales relacionados con la citada climatología adversa, acaecidos desde los últimos días del mes de septiembre hasta finales del mes de febrero de 2002 en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Illes Balears, Canarias, Cataluña, Región de Murcia, Comunidad Valenciana y Ciudad de Melilla.

De acuerdo con la transcripción que hace el Tribunal Supremo, en opinión del Tribunal Superior de Justicia no se acreditó que la modificación del hábitat por la

extracción de arenas fuese a ocasionar perjuicios irreparables en la fauna y la flora marinas, lo que unido a la consideración de las obras de regeneración de playas como obras de interés general, lo que llevó a la anulación de la Orden impugnada. El Tribunal Supremo hace suyo ese planteamiento, destacando que la cuestión clave es si la competencia para dictar normas protectoras del medio ambiente pueden tener un alcance que «hagan inviable el disfrute de un bien demanial al Estado» (fundamento tercero). El Tribunal Supremo reconoce que la titularidad del dominio público marítimo-terrestre «no determina, sin más, las competencias que pueda tener no sólo el Estado, sino también las Comunidades Autónomas», pero la cuestión a resolver no era esa, sino la extensión de la competencia autonómica para tutelar el medio ambiente, que debe ponderarse con los títulos estatales (fto quinto):

«Es cierto, como señala la parte recurrente, que la titularidad del dominio público marítimo-terrestre no determina, sin más, las competencias que sobre el mismo pueda tener no solo el Estado sino también las Comunidades Autónomas, y así lo ha señalado la STC 149/1991, de 4 de julio, que se pronunció sobre los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la citada Ley de Costas de 1988, al indicar (FJ 4^a): «La propiedad pública de un bien es, en efecto, separable del ejercicio de aquellas competencias públicas que lo tienen como soporte natural o físico; ni las normas que distribuyen competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado sobre bienes del dominio público prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos corresponda a éste o a aquéllas, ni la titularidad estatal del dominio público constitucionalmente establecida predetermina las competencias que sobre él tienen atribuidas el Estado y las Comunidades Autónomas (STC 227/1988, ff. jj. 14^o.5 y 15^o.1). En esta sentencia y para corroborar esta disociación entre la titularidad de un bien de dominio público y las competencias –legislativas o de otro orden– que atañen a su utilización, nos apoyamos precisamente en el dato de que distintas Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre la ordenación del litoral, aunque la Constitución considera inequívocamente dominio público estatal a la zona marítimo-terrestre y las playas y mencionamos también la atribución a diversas Comunidades de competencias sobre salvamento marítimo y vertidos en aguas territoriales del Estado, así como sobre medios de transporte que discurren sobre infraestructuras de titularidad estatal (en el mismo sentido, STC 53/1984)».

Pero también lo es que la sentencia de instancia no anula la Orden impugnada en el aspecto de que se trata por afectar al dominio público marítimo-terrestre, por ser titularidad del Estado, sino porque –como se señala en el Fundamento Jurídico Cuarto–, *al no haber acreditado la Administración Autonómica demandada «que la práctica extractiva en esa concreta zona delimitada en el informe, así como, la extracción de arenas con las condiciones y formas impuestas en ese informe, dañe de alguna forma el hábitat o entorno físico de la fauna piscícola que en ella habita», no puede impedirse a la Administración del Estado que realice las obras de interés general de regeneración de playas, pudiendo efectuar para ello la extracción de arenas en el lecho marino que se pretende, lo que no puede ser válidamente impedido por la prohibición absoluta que se contiene en el apartado 1 del artículo 3 de la Orden impugnada.*

La sentencia de instancia no vulnera, por tanto, las competencias que tiene la Comunidad Autónoma Balear en materia de pesca en aguas interiores y medio

ambiente y demás que se citan por la recurrente, sino que las pondera en relación con las que tiene la Administración del Estado, llegando a la conclusión —valorando la documentación a la que se refiere—, de que «el informe obrante en el expediente administrativo justifica la creación de la reserva marina, pero la importancia de la flora marina, y en concreto las algas calcáreas y la pradera de Posidonia, ya se respeta y se tiene en cuenta en el informe de Costas aportado por la administración general del Estado que fue emitido para la extracción de arenas, y se hace expresa reserva del mantenimiento e integridad de ese lecho marino, precisamente por la importancia ecológica que tiene».

Es por ello por lo que *se anula la Orden impugnada en cuanto a la prohibición absoluta que se contiene en el apartado primero de su artículo 3 de extracción de arenas del fondo de la reserva marina, porque esa prohibición, que impide el ejercicio de competencias de la Administración del Estado, es desproporcionada para la finalidad que pretende la Administración demandada, como se señala en la sentencia de instancia, y esto no ha sido desvirtuado por la Administración recurrente*».

4.4. LEGITIMACIÓN DE UNA ASOCIACIÓN VECINAL E IMPUGNACIÓN DE UNA EXENCIÓN DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9648), Recurso de Casación núm. 110/2009, ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona.

Se recurre por el Ayuntamiento de Pamplona y una asociación de vecinos el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declaró excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un nuevo centro penitenciario en Pamplona.

El Tribunal Supremo reconoce la legitimación de la asociación de vecinos, en la medida en que su ámbito geográfico de actuación coincide con el del lugar en el que se proyecta la construcción del centro penitenciario y tiene entre sus fines estatutarios el de promover la mejora del entorno urbanístico de la zona, más teniendo en cuenta que la ubicación se sitúa en una zona considerada «reserva paisajística» (fto tercero).

En el recurso se aduce que el Acuerdo del Consejo de Ministros eximiendo de EIA el proyecto, pese a tratarse de UNO de los contemplados en el Anexo II 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, no cumple el requisito de ser un «supuesto excepcional» para permitir al Consejo de Ministros acordar esa exención. Invocando la STC 13/1998, de 22 de enero, la Sala considera que no se dan los requisitos que han de cumplir los supuestos «exceptuables» del régimen de evaluación de impacto ambiental, ya que no concurre la circunstancia de «imposible previsión» (puesto que el centro penitenciario se vincula a una planificación anterior), ni la urgencia en la construcción en el lugar previsto, sin posibilidad de valorar emplazamientos alternativos, ya que el proyecto era conocido desde 2005 (fto octavo).

