

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN CANARIAS
(PRIMER SEMESTRE 2020)

ADOLFO JIMÉNEZ JAÉN

Profesor titular de Derecho Administrativo

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario: 1.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 20 de junio de 2019. Inactividad de la Administración. (STSJ ICAN 2395/2019). 2.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 29 de octubre de 2019, prórroga de Declaración de Impacto Ambiental (STSJ ICAN 3404/2019).

1.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS DE 20 DE JUNIO DE 2019. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. (STSJ ICAN 2395/2019)

En el presente recurso, el Ayuntamiento de Arico recurre dos actos del Gobierno de Canarias referidos a una subestación de energía eléctrica.

Concretamente, el recurso se dirige contra dos actos; por un lado, el Decreto del Gobierno de Canarias 141/2016, de 28 de noviembre, por el que se acuerda la ejecución de los proyectos de las instalaciones eléctricas denominadas "Nueva subestación El Porís 220/66 KV (expte. se-2015/013), línea subterránea 66 KV DC Arico 2 - El Porís y reconfiguración circuitos Arico 2-Candelaria en SE El Porís 66 KV (expte. Se -2015/014) y línea aéreo-subterránea 220 KV DC E/S en El Porís de la línea Candelaria - Granadilla".

En segundo término, se recurre la Resolución de la Viceconsejería de Industria, Energía y Comercio del Gobierno de Canarias de 2 de marzo de 2017 que desestima requerimiento interadministrativo intentado contra Resolución de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias de 13 de diciembre de 2016 de autorización administrativa y aprobación de proyecto de ejecución y declaración de utilidad pública de las instalaciones eléctricas contenidas en los proyectos cuya ejecución se acordó por Decreto 141/2016, de 28 de noviembre, así como contra esta última.

El primer motivo del recurso es la falta de justificación de la utilización del procedimiento excepcional para obras de interés general para el suministro de energía eléctrica previsto en el artículo 6 bis de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, que establece lo siguiente:

“1. Cuando razones justificadas de urgencia o excepcional interés aconsejen la modernización o el establecimiento de instalaciones de generación, transporte o distribución eléctrica, la consejería competente en materia de energía podrá declarar el interés general de las obras necesarias para la ejecución de dichas instalaciones.

2. Los proyectos de construcción, modificación y ampliación de las instalaciones a que se refiere el apartado anterior, se someterán a un régimen especial de autorización y no estarán sujetos a licencia urbanística ordinaria o a cualquier otro acto de control preventivo municipal o insular. No obstante, serán remitidos al ayuntamiento por el órgano competente para su autorización y también al cabildo insular correspondiente para que, en el plazo de un mes, informen sobre la conformidad o disconformidad de tales proyectos con el planeamiento territorial o urbanístico en vigor, transcurrido el cual se entenderá evacuado el trámite y continuará el procedimiento.

La conformidad municipal llevará implícita la autorización especial a que se hace referencia en el párrafo anterior.

3. En caso de disconformidad con el planeamiento o en ausencia de éste, se elevará el proyecto al Gobierno de Canarias, el cual decidirá si procede o no su ejecución y, en el primer caso, precisará los términos de la ejecución y ordenará la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento territorial o urbanístico.

4. La conformidad de las administraciones públicas consultadas o, en su defecto, el acuerdo favorable del Gobierno de Canarias al que se refiere el apartado anterior, legitimarán por sí mismos la ejecución de los actos de construcción, edificación y uso del suelo incluidos en los correspondientes proyectos de instalaciones de generación, transporte y distribución, sin necesidad de ningún otro instrumento de planificación territorial o urbanística y tendrán el carácter de autorización especial equivalente a la licencia urbanística municipal, a los efectos de lo previsto en el artículo 100.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, con relación al devengo y a la liquidación municipal de oficio o a la autoliquidación del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras."

Pues bien, según la sentencia, nos encontramos ante el ejercicio de una potestad discrecional. La resolución recuerda que en la potestad reglada la actividad de la administración es de mera aplicación de la ley, en cambio *"En la potestad discrecional no cabe automatismo, porque la ley no ha determinado en todos sus términos el modo en que ha de operar la administración, sino que ha remitido la integración de la norma a una estimación subjetiva de la administración misma. En nuestro caso, debe la administración apreciar si concurre urgencia o excepcional interés.*

Y razona:

La derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 señalaba en su Exposición de Motivos que la discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano

competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea el interés público.

La doctrina científica, por su parte, ha considerado que la discrecionalidad consiste en la atribución a la administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad.

El control de los actos administrativos discrecionales irrumpe decididamente en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la citada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956. Entre las técnicas de control de la discrecionalidad que se aprecian en nuestra jurisprudencia podemos citar el control de los elementos reglados, el control a través de la desviación de poder, el control de los hechos determinantes, el control a través de la exigencia de motivación y el control a través de la aplicación de los principios generales del Derecho.

En nuestro caso, la administración recurrente hace uso de la denuncia de (a su juicio) falta o insuficiencia de motivación y posteriormente habla también de desviación de poder”.

Y a partir de ahí, estudio, precisamente, el análisis de la motivación. Según el Tribunal la motivación tiene tres finalidades: *“La doctrina italiana ha venido hablando de la triple finalidad de la motivación del acto administrativo: primera, permite un control de la razonabilidad de la decisión por parte de la opinión pública; segunda, permite al particular afectado conocer los antecedentes de la voluntad pública manifestada; tercera, posibilita el control jurisdiccional de los actos administrativos”.*

Y para fijar su posición acude a la normativa vigente en la materia: *“De la literalidad del artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) se deduce que para el cumplimiento de la exigencia de motivación el órgano administrativo ha de recoger la "referencia de hechos y fundamentos de derecho" de forma sucinta. El término sucinto, por el que de manera tan destacada se decanta el legislador, debe interpretarse como "un razonamiento parco, en cuanto permita colegir la lógica de la decisión adoptada" según afirma la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012 (Rec. 5473/2010, FJ 2). Y si el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (citando por la edición del Tricentenario) define el adjetivo parco en su primera acepción como sinónimo de "Corto, escaso o moderado en el uso o concesión de las cosas", esto implica que la ley y la jurisprudencia avalan la brevedad de*

la motivación administrativa, con la sola condición de que la extensión elegida sea suficiente para saber el porqué”.

Y añade: *“La motivación puede ser contextual o por remisión. Es contextual cuando toda ella se contiene dentro del propio acto administrativo. Es por remisión cuando se efectúa a través de referencias a informes o dictámenes que preceden al acto administrativo; se habla también de motivación in aliunde”.* Sobre esta forma de motivación, además de recordar la legislación aplicable (artículo 89.5 de la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ - PAC) y lo es también en el artículo 88.6 de la vigente La Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas LPACAP), señala:

“Y la jurisprudencia aboga por una interpretación en sentido amplio del precepto, al no exigir que la incorporación consista únicamente en la "explícita transcripción literal" de los informes o dictámenes sino también en la "aceptación o referencia" de tales documentos que constan en el expediente, tal y como señala, entre otras, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2011 (Rec. 3638/2009; FJ 2). La simple remisión al informe o dictamen se considera, por tanto, incorporación. En el mismo sentido cabe citar la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011 (recurso n.º 161/2009): "Siguiendo con la exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 in fine, ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo -Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001 y 14 de marzo de 2000- en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica "in aliunde" satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”.

Pues bien, la conclusión es que el acto no carece de motivación: *“Y esto es lo que sucede en el Decreto del Gobierno de Canarias 141/2016, de 28 de noviembre, en el que se lleva cabo la dación de cuenta de los informes emitidos previamente y en los que se sustenta y sólo como colofón a esa remisión que, según hemos dejado expuesto, es admisible como motivación in aliunde, expresa, como no podía ser de otra manera, su conclusión: "Considerando que*

concurrer razones justificadas de urgencia y excepcional interés que motivaron la declaración de interés general de las obras necesarias para la ejecución de los proyectos referidos". Este párrafo transcrito ciertamente podrá ser bien breve, como insiste la administración recurrente, pero no es la motivación única del Decreto, sino el último paso de la misma, después de identificar claramente los informes en que se apoya para alcanzar su conclusión. En tales informes se sustenta la aplicabilidad del artículo 6 bis de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario. En particular, cabe recordar que la resolución de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias n.º 1424/2016, de 8 de septiembre, declaraba ya que la infraestructura de referencia se consideraba incluida en la planificación 2015 - 2020 y la consideraba urgente para poder garantizar el suministro eléctrico en el sur de nuestra isla. Resolución ésta que siendo recurrible no consta que fuese recurrida por el Ayuntamiento de Arico, de manera que pasó como acto firme y consentido y podemos dar por conforme al dicho Ayuntamiento con aquellas declaraciones".

El segundo motivo del recurso se refiere a la desviación de poder. La resolución después de recordar la teoría de la desviación de poder concluye que tampoco se da este motivo:

"En el caso que nos ocupa, la recurrente ha hecho hincapié en que se haya mencionado por la administración actuante el dato de que si la puesta en servicio se produce antes del día 31 de diciembre de 2018 se podrá aplicar la exención de concurrencia competitiva para el otorgamiento del régimen retributivo específico. Ahora bien, esta mención no permite pasar por alto las demás circunstancias que permiten sustentar la urgencia y el excepcional interés público y que resultan de los informes y dictámenes que constan en el procedimiento administrativo y a los que se hace remisión expresa y en particular a las declaraciones efectuadas por la resolución de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias n.º 1424/2016, de 8 de septiembre, verdadero acto administrativo que notificado en tiempo y forma al Ayuntamiento de Arico éste no recurrió, aquietándose así a aquellas decisiones, contra las que no puede ahora volverse (excepción de acto firme y consentido). No se aprecia ningún propósito espurio en la actuación administrativa recurrida.

A lo que añade que:

"De hecho, la garantía de la viabilidad de la ejecución de una obra o servicio por un privado cuando sirve al interés público o general es una medida expresamente prevista en la legislación sobre contratos del sector público. Así, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico

español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, (en adelante, LCSP), prevé en su artículo 250.7º.f) que en el contrato de concesión de obra pública se establezca la garantía de un umbral mínimo de beneficios a favor del concesionario (i.e. de una compañía privada), en ese mismo contrato el artículo 265 admite que se aporte también financiación pública cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de las obras objeto de concesión y el artículo 270.1 determina que el contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario; tenemos, pues, la mención expresa del interés del concesionario como elemento a conjugar juntamente con el interés general para garantizar el equilibrio económico y un equilibrio que se construye sobre la base de los términos ponderados al tiempo de la adjudicación, es decir, previos al inicio de la explotación. En el contrato de concesión de servicios el artículo 285.2 LCSP manda que se tenga en cuenta, a través del correspondiente estudio, la viabilidad económico-financiera del proyecto y no parece que puedan albergarse mayores dudas de que en esa viabilidad influirán las posibilidades de financiación a que puedan acceder las compañías privadas que adquieran la condición de concesionarias”.

Y se concluye que “Ergo, de los citados preceptos de la LCSP, relacionados todos ellos con el acometimiento de obras públicas o la concesión de la prestación de servicios públicos, podemos inducir, analogía iuris, que no constituye desviación de poder la toma en consideración de la viabilidad económica del proyecto en cuestión para aquel sujeto privado que lo emprende con vistas a la satisfacción del interés general”.

Este Decreto de declaración de interés general es recurrido también por la omisión de la evaluación estratégica de impacto ambiental. Pues bien, la sentencia rechaza también este motivo. En primer lugar, recuerda que, en una resolución anterior, que ha sido declarada firme al no haberse recurrido en casación, “*Esta misma Sala y Sección en su sentencia nº 267/2018, de 19 de noviembre, procedimiento ordinario nº 110/2017, en que también era recurrente el Ayuntamiento de Arico, en su Fundamento de Derecho Sexto declara que el Decreto que el Consejo de Gobierno de Canarias dicta con base o en aplicación del artículo 6 bis. 3 de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, no está sometido a evaluación ambiental estratégica”.* En este sentido recuerda: “*Pero el Decreto del Consejo de Gobierno no es título jurídico habilitante per se para llevar a cabo el proyecto en cuestión, sino que es*

preciso, seguidamente, un nuevo acto administrativo. Existe una progresión necesaria de uno a otro, no se ejecuta el proyecto a continuación de dictarse el acto por el Consejo de Gobierno. Así lo ha puesto también de relieve la Sala de Las Palmas en su sentencia del 6 de junio de 2018: "la declaración de interés general y la intervención del Gobierno de Canarias en aquellos supuesto en que Cabildos o Ayuntamientos informen de su oposición al planeamiento, constituye y se integra en un mismo proceso complejo, por ello el acto mediatamente recurrido, - esto es la resolución de la Dirección General de Industria de 25 de junio de 2015 que concede Autorización Administrativa, la Aprobación del Proyecto de Ejecución y la Declaración en concreto de Utilidad Pública de la instalación eléctrica debatida -, recoge entre sus antecedentes tanto la inicial resolución de la propia Dirección de 11 de noviembre de 2013, como el Decreto 102/2015, de 22 de mayo, del Consejo de Gobierno de Canarias".

Esto es, la declaración de interés general no es la autorización del proyecto, ya que, ni se trata de un instrumento de planificación ni se trata de la autorización del proyecto, por lo que, lógicamente, no está sometida a evaluación estratégica de impacto ambiental. Y ello, además, porque, realmente, el Decreto ahora recurrido, ni lleva a cabo la planificación de la infraestructura y ello porque *"el Decreto dictado al amparo del artículo 6 bis.3 de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, no está sometido a evaluación ambiental estratégica. Como hemos esbozado anteriormente, primero existe una planificación o programación de la infraestructura, que es anterior a la existencia del Decreto, que no está impugnada en la presente litis y que sería el acto administrativo a propósito del cual cabría hacer cuestión de si debería someterse a la evaluación ambiental estratégica; seguidamente, y si se apreciare la concurrencia de las circunstancias recogidas en el mismo, el Consejo de Gobierno dicta Decreto que acuerda que un proyecto va a realizarse no obstante su disconformidad a planeamiento, quedando además exento de actos de control municipales; a continuación, se autoriza la ejecución del proyecto y dado que es únicamente a partir y en virtud de este último acto que el proyecto podrá materializarse, cabe hacer cuestión del pronunciamiento ambiental que este último exige".*

En cuanto a la evaluación ambiental de proyectos, en cambio la resolución es otra. Lo que se recurre en este caso es la Resolución de la Viceconsejería de Industria, Energía y Comercio del Gobierno de Canarias de 2 de marzo de 2017 que desestima requerimiento interadministrativo intentado contra Resolución de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias de 13 de diciembre de 2016 de autorización administrativa y aprobación de proyecto de ejecución y declaración de utilidad pública de las instalaciones eléctricas contenidas en los proyectos cuya ejecución se acordó por Decreto 141/2016, de 28 de noviembre, así como contra esta última.

En este caso, la sentencia, recuerda que, en materia ambiental, es aplicable la legislación básica estatal y, por lo tanto, ha de tomarse en consideración el artículo 23.1.e) LASPTRN: *"Serán objeto de una evaluación de impacto ambiental ordinaria los siguientes proyectos: (...) e) Los proyectos y actividades incluidas en el anexo II de esta ley cuando se pretendan ejecutar en áreas críticas de especies catalogadas, según lo establecido en el artículo 56.1 de la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, o en zonas o superficies que formen parte de la Red Natura 2000."*

Y ello, porque en el caso que aquí nos ocupa, se trata de un proyecto incluido en el Anexo II Grupo 4 a) 3 y que afecta a especies catalogadas, en el sentido del artículo 56.1 de la Ley del Patrimonio Natural y la Biodiversidad. Además, recuerda la sentencia que *"así lo vino a reconocer el propio informe emitido por la administración recurrida, según se puede apreciar en el folio 71 de la causa, párrafo segundo: "En el ámbito de estudio también se encuentran especies como Falco pelegrinoides (Halcón tagorote), Corvus corax canariensis (Cuervo canario), en peligro de extinción, Fringilla teydea teydea (Pinzón azul), Puffinus assimilis baroli (Tajose), Charadrius alexandrinus (Chorlitejo patinegro), Burhinus oediconemus distinctus (Alcaraván), vulnerables."*

La conclusión en este caso es clara: *"Si la propia administración constata la presencia de al menos dos especies de aves en peligro de extinción y si además conoce, pues tampoco puede ignorarlo, que se halla dentro del ámbito del Anexo II Grupo 4 a) 3 LASPTRN, no podía emplear los parámetros del Anexo III para justificar el no sometimiento a la evaluación de impacto ambiental ordinaria"*

porque el artículo 23.1.e) LASPTRN constituye una norma específica en cuya virtud todo proyecto comprendido en el Anexo II queda sometido a evaluación de impacto ambiental ordinaria siempre que se dé una de dos condiciones: ora afecta a especies catalogadas, en el sentido del artículo 56.1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, ora se desarrolla por zonas o superficies que formen parte de la Red Natura 2000. Sin que quepa acudir al Anexo III para dejar sin efecto un precepto que es claro en su formulación (in claris non fit interpretatio).

Y ello porque, de acuerdo con la sentencia: *“El Anexo III no contiene una serie de criterios genéricos que el operador jurídico pueda tomar y aplicar a cualesquiera previsiones del artículo 23.1.e) LASPTRN para rebajarlas, sino que se aplica en el caso del artículo 23.1.b) LASPTRN que es el que hace un llamamiento expreso al dicho Anexo. Si el legislador se ha remitido expresamente al Anexo III en la dicha letra b) y no en las demás del mismo precepto y apartado de la ley es porque ha querido hacerlo así, pues sólo si no lo mencionara en punto alguno podría el aplicador del derecho, al llegar en su examen de la ley hasta el texto del Anexo III plantearse la posible aplicación genérica del mismo, pero si el legislador lo menciona expresamente en el artículo 23.1.b) es que dicho Anexo III es de aplicación al caso del artículo 23.1.b) y no al del 23.1.e) (unius inclusio alterius exclusio)”.*

Esto significa que, ha de estimarse el recurso, declarándose la disconformidad a Derecho y anulando la Resolución de la Viceconsejería de Industria, Energía y Comercio del Gobierno de Canarias de 2 de marzo de 2017 que desestima requerimiento interadministrativo contra Resolución de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias de 13 de diciembre de 2016 de autorización administrativa y aprobación de proyecto de ejecución y declaración de utilidad pública de las instalaciones eléctricas contenidas en los proyectos cuya ejecución se acordó por Decreto 141/2016, de 28 de noviembre, así como declarar la disconformidad a Derecho y anular la Resolución de la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias de 13 de diciembre de 2016 de autorización administrativa y aprobación de proyecto de ejecución y declaración de utilidad pública de las instalaciones eléctricas contenidas en los proyectos cuya ejecución se acordó por Decreto 141/2016, de 28 de noviembre.

2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS DE 29 DE OCTUBRE DE 2019, PRÓRROGA DE DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (STSJ ICAN 3404/2019).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 29 de octubre de 2019 analiza la legalidad de la Orden n.º 158/2017, de 23 de noviembre, del Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias, que aprueba el proyecto del Tercer Carril de la TF-1. Tramo San Isidro - Las Américas. Enlace Oroteanda- Enlace Las Chafiras, declara la necesidad de urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la ejecución del mismo y los relaciona.

En la demanda, se solicita concretamente que "sea dictada sentencia, por la que se reconozca y declare:

Primero: Se declare la nulidad de la prórroga de la Declaración de Impacto Ambiental, por infracción del ordenamiento jurídico, al no poderse extender los efectos de la Declaración de Impacto Ambiental sobre un proyecto de construcción con una geometría distinta al proyecto de trazado sobre el que tenía efectos la Declaración de Impacto Ambiental.

Alternativamente, para el supuesto de no estimarse, se declare la caducidad para la solicitud de la prórroga de la Declaración de Impacto Ambiental.

Segundo: Se declare que la nueva geometría de trazado del proyecto de construcción carece de la preceptiva Declaración de Impacto Ambiental.

Tercero: Se declare la utilidad de pleno derecho de la Orden n.º 158, del Consejero de Obras Públicas y Transportes, por la que se aprueba el Proyecto del "Tercer Carril de la TF - 1. Tramos: San Isidro - Las Américas. Enlace Oroteanda - Enlace Chafiras" y se declara la necesidad de urgente ocupación de los bienes y adquisición de derechos correspondientes, de 23 de noviembre de 2017.

La sentencia, en primer lugar, analiza la importancia de la protección del medio ambiente. Así señala que *"La protección del medio ambiente se configura, de acuerdo con los arts. 45.2 y 128 de la Constitución como un título de intervención de los poderes públicos que permite imponer límites y condiciones a la actividad de los ciudadanos para asegurar una utilización racional de los recursos que*

haga posible un desarrollo sostenible, pero también impone límites legítimos a la propia actividad de las administraciones públicas. De acuerdo con el artículo 53.3 CE, el reconocimiento, el respeto y la protección del derecho al medio ambiente informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos". Y añade: "Asimismo, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concretamente en su artículo 37, se reconoce el derecho al medio ambiente, al establecer que en las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad".

Pero además, y esto es una novedad en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Canarias recoge la siguiente previsión en su artículo 26:

"Artículo 26. Derechos en el ámbito del medio ambiente.

1. Todas las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible, sin contaminación y respetuoso hacia la salud, y a gozar de los recursos naturales y del paisaje terrestre y marino en condiciones de igualdad, realizando un uso responsable de los mismos. Asimismo, en los términos que determinen las leyes, tienen el correlativo deber de protegerlo y mejorarlo para las generaciones presentes y futuras, así como soportar las limitaciones que tal protección puedan afectar a sus intereses.

2. Los poderes públicos canarios garantizarán la defensa y protección de la naturaleza, el medio ambiente, el paisaje y la biodiversidad sea en espacios terrestres como marinos. Se establecerán políticas de gestión, ordenación y mejora de su calidad, con arreglo al principio de desarrollo sostenible, armonizándolas con las transformaciones que se produzcan por la evolución social, económica y ambiental, evitando la especulación urbanística sobre el territorio.

3. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos canarios."

A esto se añade lo previsto en el artículo 153:

"Artículo 153. Medio ambiente.

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente, lo que incluye en todo caso:

- a) *El establecimiento y la regulación de los instrumentos de planificación ambiental y del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos.*
- b) *La regulación, la tramitación y la resolución de los procedimientos de evaluación ambiental de las obras, las instalaciones y las actividades de su competencia y de los planes y los programas que afecten a su territorio.*
- c) *El establecimiento y la regulación de medidas de sostenibilidad, fiscalidad e investigación ambientales.*
- d) *La regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático si no tienen por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos.*
- e) *La regulación sobre prevención en la producción de envases y embalajes en todo su ciclo de vida, desde que se generan hasta que pasan a ser residuos.*
- f) *La regulación sobre prevención y corrección de la generación de residuos con origen o destino en Canarias y sobre su gestión y traslado y su disposición final.*
- g) *La regulación de la prevención, el control, la corrección, la recuperación y la compensación de la contaminación de suelo, subsuelo y litoral.*
- h) *La regulación y la gestión de los vertidos efectuados en las aguas interinsulares, así como de los efectuados en las aguas superficiales y subterráneas sin perjuicio de la competencia estatal en materia de marina mercante y protección del medio ambiente marino.*
- i) *La regulación del ambiente atmosférico y de las distintas clases de contaminación del mismo, la declaración de zonas de atmósfera contaminada y el establecimiento de otros instrumentos de control de la contaminación, con independencia de la Administración competente para autorizar la obra, la instalación o la actividad que la produzca.*
- j) *La regulación del régimen de autorización y seguimiento de emisión de gases de efecto invernadero para las instalaciones fijas ubicadas en su territorio.*
- k) *La promoción de las calificaciones relativas a productos, actividades, instalaciones, infraestructuras, procedimientos, procesos productivos o conductas respetuosas hacia el medio.*
- l) *La prevención, restauración y reparación de daños al medio ambiente, así como el correspondiente régimen sancionador.*
- m) *Las medidas de protección de las especies y el régimen sancionador.*
- n) *La regulación de la introducción y el transporte de especies autóctonas y no autóctonas en el territorio canario de acuerdo con la legislación estatal y europea.*
- ñ) *Las medidas que, en el ámbito de sus competencias, puedan adoptarse para la lucha contra el cambio climático.*

2. *Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia para el establecimiento de normas adicionales de protección sobre las materias consideradas como básicas por la legislación estatal.*
3. *La Comunidad Autónoma de Canarias contará con un servicio de inspección de instalaciones y actividades para la tutela y protección de la Naturaleza en el marco de sus competencias."*

Establecido el marco normativo general, descendamos a los hechos.

1.- El día 16 de noviembre de 2005 publica el Boletín Oficial de Canarias (BOC) anuncio de la Consejería de Infraestructuras, Transportes y Viviendas del Gobierno de Canarias (hoy, Consejería de Obras Públicas, Transportes y Viviendas) por el que se convocaba concurso para la contratación de consultoría y asistencia para la redacción del Proyecto de Construcción: Tercer Carril de la TF - 1. Tramo San Isidro - Las Américas. Asimismo, se dio publicidad al anuncio en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de 21 de noviembre de 2005 y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 19 de noviembre de 2005.

El BOC de 15 de diciembre de 2006 publica la adjudicación del contrato a la UTE Técnica y Proyectos SA - Consultora Canaria de Ingeniería y Medio Ambiente SL.

El Proyecto de Construcción: Tercer Carril de la TF -1. Tramo San Isidro - Las Américas, es de fecha 31 de julio de 2007.

2.- El 14 de abril de 2008, la Viceconsejería de Infraestructuras y Planificación remite oficio a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial a los efectos de iniciar el trámite de Evaluación de Impacto Ambiental

Tras diversos trámites, el día 30 de abril de 2012 la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias (COTMAC) aprueba la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del Proyecto Denominado "Trazado Tercer Carril de la TF - 1 Tramo: San Isidro - Las Américas", promovido por la Consejería de Obras Públicas y Transportes (denominación vigente en aquel momento) del Gobierno de Canarias y con afección de los términos municipales de Granadilla de Abona, San Miguel de Abona, Arona y Adeje.

Consta la DIA como documento n.º 1 del expediente administrativo remitido.

3.- Previos los trámites legalmente exigidos, por resolución del Sr. Director General de Infraestructura Viaria de 15 de septiembre de 2014 se adjudica la redacción del Proyecto de Construcción del Tercer Carril de la TF - 1. Tramo San Isidro - Las Américas. Enlace Oroteanda-Enlace Las Chafiras, mediante procedimiento negociado sin publicidad, a favor de la compañía PROYMA CONSULTORES SLP. Contrato que se formaliza el 29 de septiembre de 2014 y se recibe el 7 de abril de 2015.

Otros datos necesarios son los relativos a la declaración de impacto ambiental:

1.- El 20 de marzo de 2017 se emite informe de supervisión desfavorable y tras dar audiencia a la contratista (informe del ingeniero autor del proyecto de construcción de fecha 12 de abril de 2017), el 8 de mayo de 2017 se emite informe por parte de don Luis Alberto, quien, como hemos dejado consignado, ostenta la condición de director del proyecto.

2.- El día 18 de mayo de 2017 el Servicio de Estudios de Impacto Ecológico (Viceconsejería de Infraestructuras y Transportes) interesa un presupuesto para la redacción de un informe ambiental que aporte un análisis ambiental acerca de si se han producido, o no, cambios sustanciales en los elementos esenciales que sirvieron de base para la realización de la evaluación de impacto ambiental del Proyecto Tercer Carril de la TF -1. Tramo: San Isidro - Las Américas.

Por resolución n.º 27/2017, el Sr. Director General de Infraestructura Viaria aprueba el gasto relacionado con el contrato menor de servicios para la redacción de un Informe Ambiental sobre cambios en los elementos esenciales de la Evaluación de Impacto Ambiental del proyecto Trazado Tercer Carril TF - 1. Tramo: San Isidro- as Américas.

El informe es emitido por la compañía Bejeque Medio Ambiente y Diseño SL con fecha 27 de junio de 2017.

3.- Finalmente, la COTMAC acuerda la prórroga de la DIA por Acuerdo de 26 de octubre de 2017, posibilitando así la aprobación del Proyecto Tercer Carril TF-1. Tramos: San Isidro - Las Américas. Enlace Oroteanda - Enlace Chafiras, que se lleva a cabo mediante Orden 158/2017, del 23 de noviembre, publicada el día 10 de enero de 2018 en el BOC, con la correlativa declaración de necesidad de urgente ocupación de bienes y adquisición de derechos.

Debe destacarse que de ello se deduce que el núcleo central de la cuestión que estudia la sentencia es la posibilidad de utilizar una Declaración de Impacto Ambiental respecto de un proyecto que ha sido modificado.

Pues bien, es precisamente el informe del técnico el que pone en duda la viabilidad del proyecto. Concretamente, en el mismo se pone de manifiesto que *“El documento técnico del proyecto de construcción bajo consideración no toma en cuenta la plataforma de tres carriles básicos por sentido de circulación previstos en el correspondiente proyecto de trazado, **apartándose de lo estipulado en el propio pliego de prescripciones técnicas del contrato de redacción del proyecto de construcción y, en último término, de la razón de ser esencial de la actuación bajo consideración.** A juicio del funcionario*

que suscribe, el principal perjuicio que este hecho supone para esta Consejería reside en la imposibilidad de tramitar y aprobar un proyecto de construcción cuya geometría no se ajusta a aquella recogida en el proyecto de trazado que le precede y vinculada por una Declaración de Impacto Ambiental”.

Es decir, existe una contradicción entre el informe emitido por un empresa privada, favorable al proyecto, y el informe del director del proyecto, contradicción que la sentencia resuelve trayendo a colación la consabida presunción legal de acierto y veracidad según resulta del artículo 77.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Y a ello añade que el informe emitido por Bejeque Medio Ambiente y Diseño SL con fecha 27 de junio de 2017 *“no puede prevalecer frente a la presunción de veracidad y acierto de que goza el informe del señor director de proyecto porque no ha acreditado que se haya producido ningún tipo de error en aquel informe. No es en absoluto suficiente ni que el informe de Bejeque sea posterior al del director de proyecto, ni que discrepe del mismo, puesto que no lleva a cabo un análisis pormenorizado de todas y cada una de las apreciaciones del informe del director de proyecto, aportando, seguidamente, razones fundadas de por qué las considera erróneas. En definitiva, el informe del director del proyecto no ha quedado desvirtuado por el externo y es obstáculo a la prórroga de la DIA”.*

Es más, ni siquiera los informes de otros funcionarios tiene el valor suficiente para variar las valoraciones del informe del Director-técnico. Y ello porque *“si bien son emitidos por servicios de la administración, tampoco realizan un análisis pormenorizado del informe obstativo del señor director del proyecto indicando en qué puntos yerra y las bases fácticas y jurídicas que acrediten dicho error. Son éstos informes posteriores que valoran positivamente el proyecto e instan a su continuidad, pero sin motivar expresamente por qué se apartan del criterio anterior, como es exigible. Sin que en ningún momento pueda olvidarse que el informe del señor director del proyecto tampoco opera en el vacío, sino que tiene asimismo respaldo en un previo informe de supervisión que apuntaba en la misma línea y que presenta un anexo que detalla minuciosamente las deficiencias del proyecto de construcción”.*

Por todo ello, la resolución concluye que *“estas deficiencias consideramos que sí tienen carácter esencial y por lo tanto resultan obstativas a la prórroga de la DIA”*.

Según la sentencia, es cierto que el artículo 14.2 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos dispone que el órgano ambiental podrá resolver, a solicitud del promotor, que una declaración realizada respecto de un proyecto *“sigue vigente al no haberse producido cambios sustanciales en los elementos esenciales que han servido de base para realizar la evaluación de impacto ambiental”*.

Pues bien, la sentencia señala el error de la Administración a la hora de aplicar la legislación ya que pretende aplicar a este supuesto *“los mismos criterios establecidos en el apartado k) Grupo 9, del Anexo II del mismo Texto Refundido, en relación con su artículo 3.2 a)”*.

Por el contrario, el Tribunal entiende que *“esta conclusión no se corresponde con la mens legis. Si el legislador hubiese querido que el criterio que la administración recurrida extrae de esa previsión se aplicase también en el caso del artículo 14.2, lo habría dicho expresamente, y no ha sido así, de manera que se aplica la regla inclusio unius alterius exclusio”*.

Y ello porque el artículo 3.2 TRLEIA establece los proyectos que deben someterse a evaluación de impacto ambiental sólo cuando el órgano ambiental así lo decida (por contraste con los que deben someterse a ella en todo caso, que constan en el artículo 3.1 ibidem) y su apartado a) se refiere a *“Los proyectos públicos o privados consistentes en la realización de las obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo II”*;

Y, el Anexo II se refiere a los *“Proyectos contemplados en el apartado 2 del artículo 3”*, su Grupo 9 se dedica a *“Otros proyectos”* y su letra k) dispone que *“Cualquier cambio o ampliación de los proyectos que figuran en los anexos I y II, ya autorizados, ejecutados o en proceso de ejecución (modificación o extensión no recogidas en el anexo I que puedan tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente, es decir, cuando se produzca alguna de las incidencias siguientes: 1. Incremento significativo de las emisiones a la atmósfera. 2. Incremento significativo de los vertidos a cauces públicos o al litoral. 3. Incremento*

significativo de la generación de residuos.4. Incremento significativo en la utilización de recursos naturales."

Pues bien, la sentencia destaca que, al contrario de lo que sostiene al Administración, este último precepto *"nos indica cuándo un cambio o ampliación de un proyecto de los contenidos en los anexos I y II puede tener efectos adversos significativos en el medio ambiente, pero un efecto adverso en el medio ambiente no es sinónimo de cambio sustancial, existen más formas posibles de modificar sustancialmente un proyecto que sólo afectando al medio ambiente en las formas descritas"*.

A lo anterior se añade que además el proyecto en cuestión no está comprendido en el Anexo II del TRLEIA, sino en su Anexo I, Grupo 6, a).2: "Actuaciones que modifiquen el trazado de autopistas, autovías, vías rápidas y carreteras convencionales preexistentes en una longitud continuada de más de 10 kilómetros"

A partir de todo ello, ha de tenerse en cuenta que *"Por trazado se entiende la definición geométrica de la carretera, según la definición auténtica que consta tanto en el Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras, como en el Decreto 131/1995, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Carreteras de Canarias y que la modificación afecta a una longitud superior a 10 km resulta incluso del propio informe de Bejeque Medio Ambiente y Diseño S.L., donde puede apreciarse que la obra se iniciaría en el punto kilométrico 53'450 y concluiría en el 73'980"*.

Y concluye, *"Por todo lo cual, resulta insostenible proponer una exégesis del contenido del concepto jurídico indeterminado "cambios sustanciales" del artículo 14.2 TRLEIA partiendo del artículo 3.2 del mismo cuando que nos hallamos ante un proyecto comprendido en su artículo 3.1"*.

La anulación de la Declaración de impacto ambiental conlleva también la nulidad de *"la Orden n.º 158/2017, de 23 de noviembre, del Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias, que aprueba el proyecto del Tercer Carril de la TF-1. Tramo San Isidro - Las Américas. Enlace Oroteanda-Enlace Las Chafiras, declara la necesidad de urgente ocupación de los bienes y*

derechos afectados por la ejecución del mismo y los relaciona, pues carece de pronunciamiento ambiental conforme a Derecho.

Y se pronuncia también sobre el tipo de nulidad: se trata de una nulidad radical: *“En este caso, el vicio es de nulidad absoluta y así resulta de las normas legales aplicables temporis causa: artículo 18.1 de la Ley 11/1990, de 13 de julio, de prevención del impacto ecológico, “La declaración de impacto ecológico es trámite preceptivo y esencial, y constituye la resolución de un procedimiento incidental previo a la autorización administrativa de los proyectos sujetos a evaluación de impacto. En su ausencia, dicha autorización será un acto administrativo nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 47.1, c), de la Ley de Procedimiento Administrativo”,*