

RECURSO CASACION Num.: 3651/2011

Votación: 14/01/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Mariano de Oro-Pulido y López

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

S E N T E N C I A

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: QUINTA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Mariano de Oro-Pulido y López

Magistrados:

**D. Rafael Fernández Valverde
D. Eduardo Calvo Rojas
D. José Juan Suay Rincón
D. Jesús Ernesto Peces Morate**

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil catorce.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 3651/2011 interpuesto por el Procurador D. José Carlos Caballero Ballesteros en representación del AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria,

de 27 de mayo de 2.010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 129/2008.

No ha habido personación de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, se siguió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dª Mª Dolores Luzardo de León y D. Eugenio Hernández Cabrera en su condición de concejales del Partido Popular en el Ayuntamiento de Arrecife, contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Arrecife de Lanzarote de 21 de julio de 2006 por el que se aprueba el Plan Especial del Puerto de Arrecife.

SEGUNDO.- En el fundamento jurídico segundo de la sentencia se examina la causa de inadmisibilidad del recurso, por haberse interpuesto el mismo en vía administrativa contra una disposición general, que había opuesto la Administración demandada; y la Sala de instancia la rechaza por las siguientes razones:

<< (...) SEGUNDO.- Frente a ello insiste la Administración demandada en que el recurso de reposición fue correctamente inadmitido en aplicación de lo previsto en el artículo 113.1 de la LRJPAC en relación al artículo 107.3 párrafo primero del mismo cuerpo legal al tratarse de una disposición general que no es susceptible de recurso.

Sin embargo, tiene razón la Administración en que la inadmisión del recurso de reposición no ofrece duda alguna pues los planes especiales portuarios, a los que se refiere el artículo 18 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. en cuanto instrumentos de ordenación urbanística con un objetivo limitado, de desarrollo del sistema general portuario, contienen determinaciones que participan de la naturaleza de las disposiciones generales y, por tanto, el acuerdo de aprobación definitiva no es susceptible de recurso administrativo.

Ahora bien, ello no supone que la Sala deba declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo pues la publicación del acuerdo de aprobación definitiva tuvo lugar en el Boletín Oficial de Canarias de 22 de noviembre de 2.006. Es decir, era posible esperar a dicha publicación para impugnar directamente el Plan Especial, por lo que no puede esta Sala inadmitir un recurso presentado el 26 de octubre de 2.006, mas cuando en el escrito de interposición se dice que se recurre contra el acuerdo plenario de inadmisión del recurso de reposición, y también contra el acuerdo plenario de aprobación definitiva del Plan Especial, es decir, se recurrió directamente el acuerdo plenario y dicho acuerdo fue publicado en noviembre de 2.006 en los Boletines Oficiales de Canarias y de la Provincia (folios 387 a 404 del exte), lo que significa que era posible recurrirlo desde dicha publicación y que con la publicación se reabría el plazo para recurrir. >>.

Despejado ese obstáculo procesal, la sentencia recurrida, después de recordar que sobre la necesidad de sometimiento a Evaluación Estratégica Ambiental del Plan Especial impugnado tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de 25 de marzo de 2010 (recurso contencioso administrativo nº 244/2006) y de anunciar que va a ser el criterio establecido en aquella sentencia el que proyectará al caso ahora enjuiciado, entra a examinar la alegación de la parte actora sobre el incumplimiento de la obligación de someter el Plan Especial a Evaluación Ambiental Estratégica, de conformidad con la Directiva Europea 2001/42/CE, transpuesta al derecho español mediante la Ley 9/2006. A esta cuestión se dedican los fundamentos jurídicos cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo de la sentencia, acogiendo la Sala de instancia la tesis de la parte demandante y rechazando las razones de las demandadas, quienes sostenían que de acuerdo con el régimen transitorio de la Ley 9/2006 la Evaluación Ambiental Estratégica no resultaba exigible por razones temporales. Estos fundamentos de la sentencia, tienen el siguiente contenido:

<< (...) CUARTO.- En cualquier caso, y a propósito de la posible falta de evaluación ambiental estratégica, la respuesta a la cuestión planteada pasa por el examen de la legislación aplicable en función de las fechas en las que tuvo lugar la iniciación, tramitación y la aprobación definitiva del Plan, si bien debemos comenzar diciendo que el planeamiento urbanístico, en cuanto ejercicio de una potestad establecida " ex lege", no supone una ilimitada libertad creativa- no existe en ningún campo del derecho- sino que queda sujeto a normas imperativas, prohibitivas y

limitativas, y no solo a las normas que pueda dictar la Comunidad Autónoma de Canarias, a través de aquellas Instituciones con potestad normativa(Parlamento y Gobierno) en el ejercicio de sus competencias en materia de ordenación del territorio y medio ambiente, sino también por normas sectoriales diversas, entre ellas, las relativas a la protección medioambiental, respecto a las cuales la competencia para dictar legislación básica corresponde al Estado, quedándole a las Comunidades Autónomas la posibilidad de dictar normas adicionales de protección.

Precisamente, en lo que respecta a la protección medioambiental, se ha producido en los últimos años una importante intervención del derecho comunitario que ha incidido decisivamente en el panorama normativo español.

- Así, la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio , sobre la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados en el medio ambiente (modificada luego por la Directiva 97/11 /CE) fue incorporada al derecho interno español por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio , desarrollado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre , por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución del Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio , de Evaluación de Impacto Ambiental, que han sido sustituidos por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos.

- Por su parte, la nueva Directiva 2001/42 / CE, de 27 de junio , del Parlamento Europeo y del Consejo, de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, vino exigir la evaluación ambiental estratégica de los planes y programas urbanísticos, y su transposición tuvo lugar mediante la Ley estatal 9/2006, de 28 de abril , sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

- A propósito de la Ley 9/06 , su misma denominación ya revela que va a tener una especial incidencia en el procedimiento de elaboración y aprobación del planeamiento territorial y urbanístico en cuanto incide en la concepción misma de la planificación territorial y estratégica.

- Queda así completado el marco normativo al que se refiere la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/08 , cuando proclama que su aprobación, va unida a que "(..) en aras del principio de seguridad jurídica, regularice, aclare y armonice las disposiciones vigentes en materia de evaluación de impacto ambiental de

proyectos", si bien advirtiendo que " Esta refundición se limita a la evaluación de impacto ambiental de proyectos y no incluye la evaluación ambiental de planes y programas regulada en la Ley 9/2006, de 28 de abril , sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente".

- Este es el contexto actual impuesto por el derecho comunitario, que determina y determinará el futuro de la legislación española (estatal o autonómica en su respectivo ámbito de competencias conforme al marco Constitución- Estatuto de Autonomía) marcada por las Directivas Comunitarias: 85/337/CEE, de 27 de junio, y 2001/42 / CE, de 27 de junio.

QUINTO.- La Directiva 2001/41 / CE, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2.001 , impone la exigencia de una evaluación ambiental estratégica de todos los planes y programas, a cuyo fin el artículo 1º de la Directiva , sobre sus objetivos, señala que ".. tiene por objeto conseguir un elevado nivel de protección del medio ambiente y contribuir a la integración de aspectos medioambientales en la preparación y adopción de planes y programas con el fin de promover un desarrollo sostenible, garantizando la realización, de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva, de una evaluación medioambiental de determinados planes y programas que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente".

La evaluación ambiental estratégica alcanza, conforme al artículo 3.2 a) de la Directiva a todos los planes y programas que se elaboren con respecto a la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía, la industria, el transporte, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, las telecomunicaciones, el turismo, la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo y que establezcan el marco para la autorización en el futuro de proyectos enumerados en los anexos I y II de la Directiva 85/337/CEE .

En la sentencia dictada en el RCA nº 244/06 argumentamos que, por su contenido, quedaba claro que el Plan Especial del Puerto de Arrecife puede ser incluido entre aquellos planes necesitados de evaluación ambiental estratégica en cuanto en sus determinaciones se incluyen actuaciones relativas a "(..rellenos entre el Charco de San Gines y la dársena de Naos, la sustitución de la bocana de entrada al muelle por una conexión de agua, inclusión de infraestructura necesaria para soportar la construcción de un muelle deportivo, reducción de los rellenos en la Terminal de Contenedores y nuevo diseño del Muelle de Cruceros, con los siguientes impactos: variación del

sustrato, cambios en la calidad del agua, modificación de la dinámica sedimentaria y aumentación de contaminación en la masa de agua".

No puede decirse, por ello, en el plano dialéctico, que estemos ante un Plan con efectos poco significativos en el medio ambiente, como criterio de posible excepción de la evaluación al que se refiere el apartado 3º de la Directiva, Es mas este aspecto ni siquiera es cuestionado por las partes demandadas que centran su argumentación en la exclusión de la evaluación de impacto estratégica en aplicación de la normativa interna de transposición de la Directiva contenida en la Ley 6/06 y, en particular, en su régimen transitorio.

- Por su parte, el artículo 4 de la Directiva , en relación a las obligaciones generales, establece lo siguiente:

1. La evaluación medioambiental contemplada en el artículo 3 se efectuará durante la preparación y antes de la adopción o tramitación por el procedimiento legislativo de un plan o programa.

2. Los requisitos de la presente Directiva se integrarán en los procedimientos vigentes en los Estados miembros para la adopción de planes y programas o se incorporarán a los procedimientos establecidos para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva.

3. En el caso de planes y programas que formen parte de una jerarquía de planes y programas, los Estados miembros, a fin de evitar una repetición de la evaluación, tendrán en cuenta que ésta se deberá efectuar, de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, a diferentes niveles jerárquicos.

Con objeto de evitar, entre otras cosas, la duplicidad de evaluaciones, los Estados miembros aplicarán los apartados 2 y 3 del artículo 5.

Y, ya por último, en lo que aquí interesa, el artículo 13.1 , en cuanto al plazo máximo de transposición, advierte que "Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 21 de julio de 2004. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión", mientras que el apdo 3º puntualiza que "La obligación a que hace referencia el apartado 1 del artículo 4 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior a la fecha mencionada en el apartado 1. Los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior a esta fecha y cuya adopción o presentación al procedimiento legislativo se produzca transcurridos más de 24 meses a partir de esta fecha serán

objeto de la obligación a que hace referencia el apartado 1 del artículo 4 , salvo cuando los Estados miembros decidan, caso por caso, que esto es inviable e informen al público de su decisión".

SEXTO.- En el caso, pese la determinación comunitaria, la transposición de la Directiva 2001/42 /CE se materializó por la Ley 9/2006, de 28 de abril , sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, tratándose, por tanto, de una transposición fuera de plazo que, incluso, llevo a un proceso de la Comisión contra España ante el TJCE.

Dicha Ley en su Disposición Transitoria Primera, apartado 2º , establece que la obligación de impacto ambiental se aplicará a los planes cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004 y cuya aprobación definitiva se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2.006.

En el caso de Canarias, el Decreto 30/2007, de 5 de febrero , aprobó la modificación del Reglamento de Procedimiento de los instrumentos de ordenación del Sistema de Planeamiento de Canarias, precisamente con esa finalidad de adaptación de la legislación urbanística canaria a la LEAE, a cuyo fin el artículo 24 del Decreto deja clara la extensión de la obligación de sometimiento a evaluación ambiental estratégica que alcanzará " .. la formulación, revisión o modificación sustancial de la totalidad de los Planes que integran el Sistema de Planeamiento de Canarias, con excepción de los Planes Parciales y Especiales que cumplan determinadas condiciones, y sin perjuicio de la posibilidad de exoneración de la obligación por la Comisión de Ordenación del Territorio de Canarias, de forma individualizada, a cualquier instrumento de planeamiento que presente las características que establece la norma, entre ellas, la poca significación del impacto sobre el medio ambiente".

SEPTIMO.- Pues bien, dejando, de momento, de lado la normativa interna de transposición, y volviendo a la Directiva, de los artículos reseñados en el anterior Fundamento podemos extraer varias conclusiones.

-1º) La obligación de transposición a la legislativa interna finalizaba el 21 de julio de 2.004, sin que en el caso español se hubiese cumplido en plazo dicha obligación, lo cual incluso llevó a un proceso de la Comisión contra España.

-2º) El efecto directo de la Directiva, de evaluación ambiental estratégica, es claro respecto a los planes y programas revistos en el Sistema de Planeamiento de

Canarias, pero también en cuanto a los planes especiales de los recintos portuarios, cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2.004.

- Y, en el caso del Plan Especial del Puerto de Arrecife, estamos ante un instrumento de planeamiento que, conforme al artículo 18.2 de la Ley de Puertos, desarrolla el Sistema General Portuario, en el que corresponde a la Autoridad Portuaria la formulación del Plan Especial, mientras que su tramitación y aprobación se debe realizar de acuerdo con lo previsto en la legislación urbanística y de ordenación del territorio, por la Administración competente en materia de urbanismo, de forma que, concluida la tramitación, y con carácter previo a la aprobación definitiva de dicho plan especial, la Administración competente en materia de urbanismo, en un plazo de quince días, a contar desde la aprobación provisional (en este caso el Ayuntamiento), dará traslado del contenido de aquél a la Autoridad Portuaria para que ésta, en el plazo de un mes, se pronuncie sobre los aspectos de su competencia.

- Como antes dijimos, no discuten las partes que, por su contenido, el Plan Especial pudiese quedar exceptuado de evaluación ambiental estratégica. Es mas, el informe del Servicio Jurídico de la Autoridad Portuaria da por hecho, sin ninguna condición, que por su finalidad y contenido debe quedar sometido a dicha evaluación siempre que su primer acto preparatorio formal fuese posterior al 21 de julio de 2.006.

- Ahora bien, en lo que discrepan es en la aplicación del régimen transitorio de la ley 6/06 dadas las fechas en las que se inició la tramitación y se aprobó definitivamente dicho Plan Especial.

- Al respecto, el informe de la Jefa de la Asesoría Jurídica de la Autoridad Portuaria apuntaba que el primer acto formal tuvo lugar antes del 21 de julio de 2004, por lo que quedaba amparada la exclusión de la evaluación ambiental estratégica en aplicación directa del régimen transitorio de la nueva ley.

-Por su parte, el Abogado del Estado, en representación de la Autoridad Portuaria, insiste en esta idea, advirtiendo que el primer acto preparatorio formal tuvo lugar antes del 21 de julio de 2.004, siendo dicho acto el Convenio celebrado entre la Autoridad Portuaria de Las Palmas y el Ayuntamiento de Arrecife para la redacción, tramitación y aprobación del Plan Especial de Ordenación de la Zona de Servicio del Puerto de Arrecife, que lleva fecha 1 de julio de 2.004.

En cuanto a la parte actora pone especial énfasis en su argumentación en que el informe revela el claro propósito de eludir la aplicación de la nueva legislación ambiental, y en que se llevó a cabo la aprobación definitiva de forma precitada con ese propósito último de eludir la aplicación de la norma. Está hablando, sin decirlo expresamente, de un posible fraude de ley o una desviación de poder en la actividad administrativa.

Sin embargo, aunque cuando no deje de tener razón la parte en que el propósito último de la aprobación definitiva el 21 de julio fue evitar la evaluación ambiental estratégica, lo decisivo es que si tomamos el Decreto de la Alcaldía de Arrecife de aprobación inicial del Plan Especial como primer acto preparatorio formal, estaríamos ante un acto posterior al 21 julio de 2.004, tal y como dijimos en la sentencia de 25 de marzo de 2.010, dictada en el RCA nº 244/06 , y, por tanto, ante un Plan que queda sometido a evaluación ambiental estratégica por imperativo legal conforme al régimen transitorio de la Ley 9/2006.

Pero si estamos, como primer acto preparatorio formal, a la resolución del Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, de 16 de diciembre de 2.004, que aprueba la formulación del Plan Especial del Puerto de Arrecife al objeto de iniciar su tramitación. (folio 32 exte), la conclusión sería la misma.

Dicho Acuerdo, literalmente dice en su parte dispositiva:

"Aprobar en virtud de lo dispuesto en el artículo 178.2 a) de la Ley 27/92, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, modificada por la Ley 62/97, de 26 de diciembre , la formulación del Plan Especial del Puerto de Arrecife, al objeto de comenzar su tramitación conforme a la legislación aplicable".

En este sentido, el precitado artículo 18.2 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sobre el procedimiento establece los distintos pasos a seguir y dice que, como inicio, la Autoridad Portuaria formulará dicho plan especial.

Por tanto, si considerásemos que este es el primer acto preparatorio formal, el que inicia la tramitación del Plan Especial, estaríamos ante un acto posterior al 21 de julio de 2.004, sin perjuicio de otros actos anteriores, también preparatorios, que revelan la voluntad de preparar la iniciación de la tramitación pero no constituyen el primer acto preparatorio formal.

Y, dada la fecha de formulación por la Autoridad Portuaria del Plan Especial, en cuanto acto que da paso a la tramitación por el Ayuntamiento del Plan, en su condición de Administración urbanística competente para dicha tramitación, queda claro que el Plan entraba de lleno en el ámbito de aplicación de la Ley 9/06 , y necesitaba de la evaluación ambiental estratégica.

OCTAVO.- Pero, a igual conclusión llegaríamos a la vista de la Directiva, cuyo artículo 13.1 establece que "Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 21 de julio de 2004... ".

Es decir, incluso si entendiésemos que el acto de la firma del convenio de colaboración entre la Autoridad Portuaria de Las Palmas y el Ayuntamiento de Arrecife para la redacción, tramitación y aprobación del Plan Especial de Ordenación de la Zona de Servicios del Puerto de Arrecife, es el primer acto preparatorio formal, o que lo son actos anteriores, como la aprobación por la Autoridad Portuaria del Pliego de Condiciones par la contratación de la asistencia técnica para la redacción y consultoría durante la tramitación del Plan Especial, o la comunicación de la Autoridad Portuaria a la Alcaldesa de Arrecife, también en este caso, sería exigible evaluación ambiental por cuanto la Directiva era de directa aplicación, y, por tanto, era obligada la evaluación de impacto ambiental del Plan, sin que frente a dicha determinación sea oponible el posterior derecho interno español transitorio al tratarse de una disposición comunitaria clara e incondicionada.

En línea, cabe decir que la elaboración del Plan Especial, conociendo las Administraciones competentes para su tramitación y aprobación, que la Directiva no había sido transpuesta pero se había sobrepasado el plazo de transposición, supone una vulneración del derecho interno español, en el que se integran las Directivas no transpuestas que, en este contexto, pasan a tener efecto directo, sin que la autoridad de derecho interno (en este caso, las Administraciones competentes para la elaboración y aprobación del Plan) puedan obviar que había finalizado el plazo de transposición de la Directiva en el momento de la aprobación inicial.

Así, el Tribunal Supremo español en Sentencia de 24 de abril de 1.990 ya advertía que " los Reglamentos y Directivas comunitarios tienen el valor de leyes marco cuya primacía sobre las normas internas y efecto directo, en su caso, no podrán ser discutidos desde el momento de la adhesión a los Tratados Fundacionales. Las normas anteriores que se opongan al derecho comunitario deberán entenderse derogadas y las

posteriores contrarias habrán de entenderse inconstitucionales por incompetencia, pero sin que sea exigible que el Tribunal español plantee la cuestión de inconstitucionalidad para dejar inaplicada la norma estatal al estar vinculado por el principio *pro communitate*".

En definitiva, el efecto directo de la Directiva hace que no fuese posible la aprobación definitiva del Plan Especial sin haber cumplido la obligación de evaluación ambiental estratégica. Un Plan, además, cuya elaboración tuvo lugar durante los años en los que ya había finalizado el plazo de transposición de dicha Directiva.

NOVENO.- En cualquier caso, insistimos en que el primer acto preparatorio formal no es otro que aquel que inicia la tramitación del Plan, excluyendo el Avance o la información pública pues aquí estamos ante actos que no necesariamente llevan a la iniciación del proceso de elaboración, recogiendo la Directiva, y también la ley que la incorpora al derecho interno, la expresión "primer acto preparatorio formal", esto es, acto de iniciación del procedimiento de elaboración de Plan y no Avance o información pública previa que no determinan que pueda iniciarse dicha elaboración, lo que, trasladado a los planes especiales portuarios, significa estar, bien al Decreto municipal, de junio de 2.005 , que inicia la tramitación una vez tomada la decisión de formular el Plan Especial por la Autoridad Portuaria, bien a la previa resolución del Presidente de la Autoridad Portuaria que formula el Plan Especial, de diciembre de 2.004, siendo el Convenio firmado el 1 de julio de 2.004 , un acto independiente de lo que es la iniciación de la tramitación del Plan, esto es, un acto en el que los contratantes se van a obligar a cumplir sus estipulaciones para la elaboración del Plan y cuyo incumplimiento dará lugar a la correspondiente responsabilidad contractual, pero que no determina, "per se", el inicio de la tramitación.

DECIMO.- En apoyo de la tesis de la necesidad de evaluación ambiental estratégica sería también posible traer a colación la doctrina de evitación de actos administraciones contrarios a una Directiva cuya transposición es inmediata, STJ Luxemburgo, de 18 diciembre 1997 (C-129/1996) asunto *Inter-Environnement Wallonie*), mas cuando la tramitación del Plan General tiene lugar durante un lapso temporal en el que había finalizado el plazo de transposición de la Directiva y no había sido transpuesta.

A este respecto, procede recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien los Estados miembros no están obligados a adoptar las medidas de adaptación de su Derecho interno a una directiva antes de expirar el plazo previsto al

efecto, de la aplicación del artículo 10 CE , párrafo segundo, en relación con el artículo 249 CE, párrafo tercero , así como de la propia Directiva se deduce que durante dicho plazo deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva (véanse, entre otras, las sentencias de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec. p. I-7411, apartado 45 , y de 14 de septiembre de 2006 , Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-138/05, Rec. p. I-0000, apartado 42).

Dicho de otra forma, continuó la tramitación de un plan que, de ser aprobado, iba a adquirir vigencia al margen de una Directiva comunitaria sobre evaluación ambiental que había finalizado su plazo de transposición y no estaba transpuesta, y , por tanto, había finalizado el plazo para que cualquier particular pudiese exigir su cumplimiento en el ámbito interno, por lo que, también desde esta perspectiva, sería anulable el Plan.

En este sentido, entendemos que, conforme a esta interpretación, las autoridades internas que ejercitaban competencias urbanísticas estaban obligadas a evitar la aplicación de la norma interna contraria al derecho comunitario en cuanto ello constituye la garantía mínima para asegurar el pleno efecto del derecho comunitario, o, cuando menos, debían haber llevado a cabo un juicio de valor de adaptación al derecho comunitario de la normativa interna. >>

En consecuencia, al entender incumplida la obligación de someter el Plan Especial a Evaluación Ambiental Estratégica, la sentencia estima el recurso y anula el acuerdo que lo aprobó definitivamente.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal del Ayuntamiento de Arrecife preparó recurso de casación y luego formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 14 de julio de 2011 en el que, después de exponer los antecedentes del caso, aducía tres motivos de casación, al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. El enunciado y resumen de dichos motivos es el siguiente:

1º) Infracción de los apartados 1 y 2 de la D.T. 1ª de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, en relación con los artículos 3 y 7 de la citada Ley. Según el Ayuntamiento recurrente, desde un punto

de vista material, el Plan impugnado es un mero instrumento de ordenación urbanística que no determina la realización de las obras portuarias, de lo que deduce que, habiendo sido sometidos a evaluación ambiental los instrumentos normativos que sí amparaban la ejecución de aquellas obras, esto es, el Plan de Utilización del Puerto de Arrecife y el Plan Director de Infraestructuras del Puerto de Arrecife, debe forzosamente colegirse la innecesariedad de reiterar ahora la evaluación ambiental estratégica. Razona seguidamente que la infracción de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 9/2006 de 28 de abril sobre evaluación de planes y programas en materia de medio ambiente, que incorporó al derecho español la Directiva 2001/42/CE, se habría producido, en contra del criterio de la sentencia recurrida, porque, a efectos de determinar la exigibilidad de la Evaluación Ambiental Estratégica, por razones temporales, el primer acto formal no viene constituido por el acuerdo de aprobación inicial del Plan Especial (posterior al 21 de julio de 2004), sino por el Convenio de Colaboración suscrito por el Ayuntamiento y el Puerto de Arrecife y mediante el que se llevó a cabo una encomienda la gestión, Convenio éste que tiene fecha 1 de julio de 2004, anterior, por tanto, a la fecha del 21 de julio de 2004 a la que remite el régimen transitorio de la Ley 9/2006.

2º) Infracción del artículo 13.3, en relación con los artículos 13.1 y 4.1 de la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. En el desarrollo argumental del motivo la parte recurrente, tras afirmar la inaplicabilidad directa de la Directiva al concreto caso enjuiciado, reitera que, de cualquier modo, la innecesariedad de sometimiento a evaluación ambiental estratégica del instrumento impugnado resulta igualmente del hecho de que no concurre el presupuesto temporal establecido en los artículos 13.1 y 4.1 de la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, que establecen una regulación del mismo enteramente coincidente con la transpuesta al derecho interno por la Ley 9/2006 de 28 de abril, sobre evaluación de planes y programas en materia de medio ambiente.

3º) Vulneración de la doctrina de evitación de actos administrativos contrarios a una directiva cuya transposición es

inmediata. Afirma el recurrente que la inaplicabilidad de la citada doctrina resulta, a su vez, de la aplicación de los apartados 1 y 2 de la D.T. 1ª de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, en relación con los artículos 3 y 7 de la misma Ley.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia que case y anule la sentencia recurrida por no ser conforme al ordenamiento jurídico y que se desestime el recurso contencioso-administrativo por ser conforme con el ordenamiento jurídico tanto el acuerdo municipal anulado como el Plan Especial de Ordenación del Puerto de Arrecife aprobado en ese acuerdo.

CUARTO.- El Abogado del Estado, que igualmente había preparado recurso de casación, presentó escrito en fecha 11 de julio de 2011 manifestando que no sostenía el recurso, declarándose desierto el recurso concernido por Decreto de 22 de julio de 2011.

QUINTO.- Admitido a trámite el recurso de casación por Providencia de 25 de noviembre de 2011, se acordó la remisión de las actuaciones a la Sección Quinta, de conformidad con lo dispuesto en las normas sobre reparto de asuntos.

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 14 de enero de 2014, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **MARIANO DE ORO-PULIDO Y LÓPEZ**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 3651/2011 lo dirige la representación del Ayuntamiento de Arrecife contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria, de a 27 de mayo de 2.010 (recurso 129/2008), por la que, estimando el

recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a M^a Dolores Luzardo de León y D. Eugenio Hernández Cabrera en su condición de concejales del Partido Popular en el Ayuntamiento de Arrecife, se anula el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Arrecife de Lanzarote de 21 de julio de 2006 por el que se aprueba el Plan Especial del Puerto de Arrecife.

Han quedado reseñadas en el antecedente segundo las razones por las que la sentencia de instancia rechaza las objeciones a la admisibilidad del recurso que habían sido opuestas por la Administración demandada, así como los argumentos con los que la sentencia fundamenta la estimación del recurso. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación aducidos por el Ayuntamiento recurrente, cuyo enunciado y contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- En el primer motivo de casación se alega que la sentencia infringe la Disposición Transitoria 1^a de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Como es sabido, esta Ley incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

La disposición transitoria primera de la Ley 9/2006, que el Ayuntamiento de Arrecife considera infringida, tiene el siguiente contenido:

<< DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Planes y programas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

1. La obligación a que hace referencia el artículo 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004.

2. La obligación a que hace referencia el artículo 7 se aplicará a los planes y programas *cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004* y cuya aprobación, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión a las Cortes Generales o, en su caso, a las

asambleas legislativas de las comunidades autónomas, se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006, salvo que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable.

En tal supuesto, se informará al público de la decisión adoptada.

3. A los efectos de lo previsto en esta disposición transitoria, se entenderá por el primer acto preparatorio formal el documento oficial de una Administración pública competente que manifieste la intención de promover la elaboración del contenido de un plan o programa y movilice para ello recursos económicos y técnicos que hagan posible su presentación para su aprobación>>.

La norma transcrita, que reproduce en lo esencial el contenido del artículo 13, apartado 3, de la Directiva, establece un régimen específico para los Planes y Programas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, al establecer que la obligación a que hace referencia el artículo 7 -esto es, la realización de la evaluación ambiental estratégica- se aplicará a los planes y programas *cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004*, fecha ésta que se corresponde con el momento en que venció la obligación de trasponer la Directiva 2001/42, según obligaba su artículo 13.

El problema que se plantea consiste en determinar cuál haya de considerarse el primer acto preparatorio formal del Plan Especial aquí controvertido, pues la fecha de ese primer acto preparatorio determinará que sea, o no, exigible la Evaluación Ambiental Estratégica. La cuestión es, pues idéntica a la planteada y resuelta en la sentencia de esta Sala y Sección de 11 de octubre de 2012 - recurso de casación 5552/2010 - por lo que obligado resulta remitirnos a lo en ella dicho.

La sentencia recurrida señala que el primer acto aprobatorio del Plan Especial del Puerto de Arrecife se corresponde con el acuerdo municipal de aprobación inicial, que fue adoptado el 25 de julio 2005, esto es, con posterioridad a la fecha establecida en la citada disposición transitoria primera (21 de julio de 2004).

Sin embargo, ese criterio no es correcto pues, según acabamos de ver, la Disposición Transitoria Primera establece en su apartado 3 que *“se entenderá por el primer acto preparatorio formal el documento*

oficial de una Administración pública competente que manifieste la intención de promover la elaboración del contenido de un plan o programa y movilice para ello recursos económicos y técnicos que hagan posible su presentación para su aprobación". Tal enunciado no permite identificar el acuerdo de aprobación inicial con ese primer acto preparatorio a que se refiere la norma, en el que se expresa la intención de promover la elaboración del contenido del Plan Especial y se liberan los recursos técnicos que hagan posible la presentación para la aprobación. La redacción del precepto alude a un momento anterior, aquél en que se produce formalmente la expresión de la voluntad de elaborar el Plan o Programa y se movilizan los correspondientes recursos económicos y técnicos, que, lógicamente es previo al inicio de la tramitación y al momento de la aprobación inicial. Por lo general, puede asimilarse al momento del encargo de la formulación del documento.

En el caso que nos ocupa debe destacarse que, para la redacción del Plan Especial del Puerto de Arrecife, la Autoridad Portuaria y el Ayuntamiento de Arrecife habían suscrito con fecha 1 de julio de 2004 un convenio de colaboración que albergaba una encomienda de gestión, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para la formulación y aprobación del Plan Especial, instrumento previsto en el artículo 18 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que era la aplicable *ratione temporis*.

Este artículo 18 de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, en su apartado segundo, atribuye a la Autoridad Portuaria la competencia para formular el Plan Especial del Puerto y a la Administración urbanística -en este caso, el Ayuntamiento- su aprobación, lo que significa que la Ley reserva a una entidad pública, la Autoridad Portuaria, las facultades de la iniciativa y formulación; y en ello estriba su singularidad, como hemos tenido ocasión de señalar en sentencia de 4 de octubre de 2006 (casación 2507/2003). De esta forma, como acertadamente razona el Letrado del Ayuntamiento recurrente, no puede considerarse que la aprobación inicial acordada por el Ayuntamiento, fuese el primer acto preparatorio formal, por cuanto la formulación del Plan Especial corresponde a la Autoridad Portuaria, sin cuya iniciativa el Ayuntamiento no puede iniciar siquiera la tramitación del procedimiento.

Las razones expuestas conducen, al igual que en la citada sentencia de 11 de octubre de 2012, a la estimación del motivo de casación, dado que la sentencia recurrida, al afirmar que en este caso era exigible la Evaluación Ambiental Estratégica, ha incurrido en vulneración de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

TERCERO.- Establecido así que la sentencia recurrida debe ser casada, procedería que entrásemos a resolver "lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate" (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción).

Ocurre, sin embargo, que, salvo la cuestión que hemos abordado al examinar el primer motivo de casación -relativa a la inexigibilidad de la Evaluación Ambiental Estratégica-, las restantes cuestiones suscitadas en el proceso se refieren, en su parte más sustancial, a la interpretación y aplicación de normas de procedencia autonómica -como son los diferentes preceptos del Decreto autonómico 55/2006, de 9 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de los Instrumentos de Ordenación del Sistema de Planeamiento de Canarias, cuya vulneración se cita en la demanda, o la invocación de las previsiones establecidas en relación con cuestiones diversas en el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias o en la Ley 4/1999, de 15 de marzo, del Patrimonio Histórico de Canarias - por lo que procede, de conformidad con la doctrina establecida en sentencia del Pleno de esta Sala de 30 de noviembre de 2007 (casación 7638/02), ordenar retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que la Sala de instancia resuelva según proceda, en el bien entendido de que la nueva sentencia que se dicte no podrá anular el Plan Especial por ausencia de Evaluación Ambiental Estratégica, al haber que dado ya resuelta esta cuestión.

Por lo demás es oportuno destacar que la metodología seguida en la sentencia de instancia resulta cuestionable, pues, después de introducir correctamente, organizándolos en apartados, los motivos de

impugnación alegados por los recurrentes (fundamento segundo de la sentencia), a continuación la Sala de instancia elige para su examen solo uno de los puntos que conforman la controversia, quedando excluidas del examen el resto de las cuestiones planteadas. Este modo de proceder propicia que, al ser casada la sentencia, este Tribunal Supremo deba abordar por primera vez cuestiones cuyo examen le corresponde genuinamente en vía de recurso, o, como aquí ha sucedido, tenga que ordenar la reposición de las actuaciones para que la Sala de instancia dicte una nueva sentencia, en el caso de que las cuestiones planteadas residan en la interpretación o aplicación del derecho autonómico.

CUARTO.- Al ser acogido el motivo de casación cuarto de los aducidos por Ayuntamiento de Arrecife, no procede imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes personadas (artículos art. 95.3 y 139.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción); y como en esta sentencia se ordena la retroacción de actuaciones, no procede hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en la instancia.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

F A L L A M O S

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria, de 27 de mayo de 2010 (recurso contencioso-administrativo 129/2008), que ahora queda anulada y sin efecto.

2. Se ordena devolver las actuaciones a la Sala de instancia para que, con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, dicte una nueva resolviendo lo que proceda sobre las cuestiones suscitadas y pretensiones formuladas por los

litigantes, en el bien entendido que no podrá ya estimar el recurso contencioso-administrativo por no haber sido sometido el Plan Especial del Puerto de Arrecife a Evaluación Ambiental Estratégica, al haber quedado ya resuelta esta cuestión.

3. No hacemos imposición de costas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.