

RESUMEN

El TS, que ha lugar al recurso de casación, casa y anula los autos impugnados y, en su lugar, acuerda y ordena la medida cautelar de suspensión de la Orden FOM/297/2008, por la que fue aprobada la Modificación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto de Gijón-Musel, en lo que afecta al ámbito territorial del municipio de Carreño. La Sala considera que de no procederse a la adopción de la medida cautelar, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ayuntamiento recurrente perdería su finalidad, dado que se estaría, sin duda alguna, ante un supuesto de transformación de una realidad física sin posibilidad de retorno.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa art.129.1 art.130.1 art.130.2 art.132.1 art.132.2 art.133.1 art.133.3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACTO ADMINISTRATIVO

SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN

Intereses en conflicto

Conflicto entre intereses públicos

Supuestos por materias

Planes urbanísticos

PUERTOS

OTRAS CUESTIONES

FICHA TÉCNICA

Favorable a: *Admón. local (funciones ejecutivas)*; Desfavorable a: *Admón. local (funciones ejecutivas), Sociedad pública y organismo autónomos*

Procedimiento: *Incidente de suspensión de ejecución de actos administrativos*

Legislación

Aplica art.129.1, art.130.1, art.130.2, art.132.1, art.132.2, art.133.1, art.133.3 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita RDLeg. 2/2008 de 20 junio 2008. Texto refundido de la ley de suelo

Cita Ley 8/2007 de 28 mayo 2007. Suelo

Cita Ley 9/2006 de 28 abril 2006. Evaluación de efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente

Cita Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 22 octubre 2008 (J2008/209797)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 14 octubre 2008 (J2008/190153)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 17 julio 2008 (J2008/128204)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 14 marzo 2006 (J2006/29301)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 18 noviembre 2003 (J2003/152877)

Bibliografía

Comentada en "Últimos pronunciamientos en materia medio ambiental"

EDUARDO CALVO ROJAS

JESUS ERNESTO PECES MORATE

MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA

MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ

RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el Recurso de Casación 3110/2009 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CARREÑO representada por el Procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer y asistido de Letrada; promovido contra el auto dictado el 16 de marzo de 2009 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, por el que se acordó desestimar el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 15 de enero de 2009 de la misma Sala, en recurso contencioso-administrativo núm. 362/2008, sobre Medida Cautelar, Modificación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios de Gijón-Musel

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha seguido el recurso número 362/2008, promovido por el AYUNTAMIENTO DE CARREÑO, y en el que ha sido parte demandada el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN y la AUTORIDAD PORTUARIA DE GIJÓN, sobre Plan de Utilización de Espacios Portuarios.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó auto con fecha 15 de enero de 2009 del tenor literal siguiente: "LA SALA ACUERDA: Denegar la suspensión de la ejecutividad de la Orden FOM/297/2008, de 1 de febrero, por la que se aprueba la modificación del Plan de utilización de los espacios portuarios del puerto de Gijón-Musel. Sin costas".

Interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CARREÑO, recurso de súplica contra el auto antes indicado, en fecha 16 de marzo de 2009 se dictó auto con la parte dispositiva siguiente: "LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de súplica interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Carreño contra el auto de esta Sala de 15 de enero de 2.009 . Sin costas".

TERCERO.- Contra dicho auto se preparó recurso de casación por el AYUNTAMIENTO DE CARREÑO, y elevados los autos y el expediente administrativo a este Alto Tribunal, por el recurrente se interpuso el mismo, admitiéndose por auto de fecha 25 de febrero de 2010, y sustanciándose por sus trámites legales.

CUARTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 6 de octubre de 2010, en cuya fecha ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El AYUNTAMIENTO DE CARREÑO interpone recurso de casación contra el Auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de marzo de 2009, por el que fue desestimado el recurso de súplica formulado por la misma Entidad local recurrente contra el anterior Auto, de fecha 15 de enero de 2009, de la misma Sala, por el que se acordó la denegación de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la Orden FOM/297/2008, de 1 de febrero, por la que fue aprobada la Modificación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto de Gijón-Musel, en lo que afecta al ámbito territorial del municipio de Carreño (32 hectáreas situadas al Este de la Ría de Aboño).

Los citados autos fueron dictados en la Pieza Separada de Medidas Cautelares del recurso Contencioso-Administrativo 362 de 2008 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CARREÑO contra la citada Orden FOM/297/2008, de 1 de febrero, por la que fue aprobada la Modificación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios (PUESP) del Puerto de Gijón-Musel.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia denegó la adopción de la medida cautelar de suspensión, y, se fundamentó para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en las siguientes argumentaciones:

A) Por lo que al Auto de fecha 15 de enero de 2009 se refiere:

1º. El Auto, desde la perspectiva del periculum in mora o pérdida de la finalidad del recurso, señala que "podría pensarse que la no suspensión de la Orden, dados los argumentos y alegaciones vertidos por la parte recurrente, podría ocasionar la pérdida de la finalidad del recurso en el sentido de que una eventual sentencia estimatoria difícilmente podría reparar los daños ambientales que se alegan, dada la dificultad de reponer las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a la actuación de la Administración.

Este planteamiento, sin embargo, no puede ser asumido por la Sala.

La Corporación recurrente centra sus intereses en los efectos medioambientales que la ejecución del Plan podrían acarrear en parte de su territorio, en concreto la explanación y urbanización del monte del alto Aboño, dejando desprotegidas las playas de Xivares y Peña María, así como la población del núcleo urbano residencial ubicado en las proximidades.

Ocurre, sin embargo, que frente a estos intereses se alzan los del Ayuntamiento de Gijón, el cual, tras negar la pérdida de finalidad legítima del recurso y la existencia de apariencia de buen derecho, plantea que la suspensión de la Orden supondría la congestión de puerto en breve plazo, lo que acarrearía perjuicios económicos al municipio.

En cuanto a los intereses del Ministerio de Fomento, bastará con remitirse al informe elaborado por la Autoridad Portuaria de Gijón con fecha 11 de diciembre de 2.008, en el que de forma detallada se exponen las implicaciones negativas que la suspensión de la Orden podrían ocasionar.

Apreciando las alegaciones de las partes personadas, que nos dan una visión tangencial de los intereses en conflicto, parece claro que los defendidos por la Abogacía del Estado y el Ayuntamiento de Gijón son de mayor envergadura que los invocados por la Corporación recurrente. Esta apreciación no puede entenderse con una visión puramente cuantitativa, pues no cabe duda que el medio ambiente, en cuanto bien colectivo, precisa especial protección, y más en nuestros días. Pero también la Autoridad Portuaria alega razones medioambientales -evitar un importante problema para el desalojo del material fruto del desmonte y urbanización, dotar al Puerto de Gijón de una superficie de expansión, ante el agotamiento de la existente, y atender al creciente tráfico-, además de argumentos de peso afectantes al desarrollo de la zona.

Por lo tanto, y a efectos estrictamente cautelares, en opinión de la Sala la suspensión de la Orden cuestionada, además de las implicaciones negativas que podrían proyectarse sobre el medio ambiente, podría ocasionar un serio quebranto al interés general dado que se trata de un Plan afectante a una actuación con gran proyección de futuro, que expande sus consecuencias, al menos en apariencia y con los datos de que disponemos, no solo al ámbito económico sino también al cometido que cumple en la mejora del territorio y de las comunicaciones".

2º. En segundo lugar, y en respuesta a la alegación de nulidad por ausencia de Evaluación de Impacto Ambiental de la Modificación del PUESP, este primer Auto señala que "Todas las partes coinciden en que la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático ha dictado la correspondiente resolución, pero discrepan en cuanto a la necesidad o no de someter la actualización del Plan a evaluación de impacto. Esta cuestión, desde luego, no puede ser solventada en este trámite, pues su alcance jurídico -y basta con examinar las alegaciones de las partes-, va mucho más allá de lo que constituye la esencia de lo provisional, de modo que su examen y valoración, dado el estrecho margen de que disponemos, supondría entrar en el fondo del litigio".

3º. En tercer lugar, el Auto analiza la cuestión desde la perspectiva de la apariencia de buen derecho o *fumus boni* señalando que "en criterio de la Sala no concurren los presupuestos imprescindibles para acceder a la suspensión interesa, pues ni se aprecia claramente la existencia de *periculum in mora* ni tampoco hay elementos de convicción de entidad bastante como para dilucidar que la apariencia de buen derecho está inequívocamente del lado de la pretensión de la parte actora, una vez que han sido valoradas las circunstancias concurrentes y verificado el juicio de valor sobre la tensión existente entre los derechos e intereses invocados por las partes personadas".

B) Por lo que al Auto de fecha 16 de marzo de 2009, resolutorio del recurso de súplica, se refiere, en su Fundamento Segundo dispone que "Teniendo en cuenta el régimen general expuesto en el Auto recurrido, así como la interpretación jurisprudencial sobre la procedencia de las medidas cautelares, la Sala considera que este caso no concurren los presupuestos y circunstancias imprescindibles que permitan dar lugar a la medida provisional que se reclama, pues ni se aprecia claramente la existencia de un "*periculum in mora*", ni tampoco hay elementos de convicción de suficiente peso como para dilucidar que la apariencia de buen derecho está inequívocamente del lado de la pretensión de la parte actora, una vez han sido valoradas las circunstancias concurrentes y verificado el juicio de valor sobre los intereses en conflicto.

En esta línea de razonamiento, y con los datos de que disponemos, dada la envergadura y características del Plan de utilización de los espacios portuarios del puerto de Gijón-Musel, no parece razonable ni prudente, siquiera cautelarmente, escindir la actuación por segmentos, porcentajes o sectores de terreno, pues ello afectaría a la unidad del conjunto. La actuación de que se trata, ya se ha dicho, tiene una importante proyección en los intereses colectivos, de modo que su paralización, aún limitándola a una porción de territorio, difícilmente escindible del conjunto, podría ocasionar consecuencias que en última instancia podrían personalizarse en la generalidad de los ciudadanos, potenciales usuarios o destinatarios, sin que, por otra parte, pueda obviarse la complejidad técnica y jurídica de la actuación que nos ocupa.

El carácter complejo y multidisciplinario que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente, provocan, no cabe duda, una correlativa complejidad cuando existen intereses contrapuestos y desde luego cuando, como aquí sucede, se invocan razones medioambientales por las partes que contienden. De ahí que en este incidente, en cuanto trámite estrictamente cautelar, sea preciso tener una visión de conjunto, global, y no parcial de modo que, en línea con lo razonado en el Auto recurrido, la suspensión que se pretende podría acarrear un serio quebranto al interés general -y no reconducido precisamente a un plano estrictamente económico, sino de vertebración de todo un conjunto y de mejora general- aún limitándola a la porción territorial a la que la Corporación recurrente se refiere".

TERCERO.- Contra los mencionados autos ha interpuesto recurso de casación el AYUNTAMIENTO DE CARREÑO en el cual esgrime dos motivos de impugnación, articulados al amparo del artículo 88.1, apartado d), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), esto es, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.

En concreto, en el primer motivo considera infringido el artículo 130 de la citada LRJCA, y, en el segundo, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que concreta en las SSTs de 18 de noviembre de 2003, 27 de abril de 2007, 14 de marzo de 2006 y 17 de julio de 2008.

Ambos, dada su evidente conexión, los podemos analizar de forma conjunta.

CUARTO.- Vistos los anteriores precedentes, y con la finalidad de responder más adecuadamente a los motivos de casación planteados, debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial --y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia-- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "númerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).

QUINTO.- El conflicto de intereses suscitado en la Pieza de Medidas Cautelares que nos ocupa es bien sencillo, y de sobra conocido en los ámbitos jurisdiccionales; se trata, en síntesis, de una contraposición entre los intereses económicos que alegan tanto el MINISTERIO DE FOMENTO como el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, y, los medioambientales que expone el AYUNTAMIENTO DE CARREÑO.

Los citados intereses económicos resultarían afectados por la medida cautelar de suspensión solicitada, pues de la misma se derivarían unos perjuicios de esta índole como consecuencia de la paralización de las obras, que el PUESP implica y contempla realizar en el término municipal de Carreño, consistentes en la explanación y taluzado de un promontorio costero, de 32 hectáreas de extensión, con una cota +-70 metros sobre el nivel del mar (denominado Alto de Aboño) y sito entre la Ría de Aboño ---que separa Carreño de Gijón---, las Playas de Xivares y Peña María, y un Suelo Urbano Residencial de Xivares, que, según expone el Ayuntamiento recurrente, nunca ha albergado instalaciones industriales o portuarias y que constituye una barrera de protección frente a la actividad industrial próxima de la población circundante. La citada paralización de obras implicaría la congestión del Puerto de Musel, en su actual configuración, con importantes repercusiones económicas no solo para el municipio de Gijón, sino para toda la región.

Por su parte, los intereses medioambientales alegados por el municipio recurrente, se exponen en informe técnico municipal, insistiendo, en relación con este particular, el Ayuntamiento recurrente en la circunstancia de que la Modificación del PUESP no fue sometida a la evaluación ambiental exigida por la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente ; evaluación que el Ayuntamiento considera debió llevarse a cabo por resultar preceptiva. Por otra parte, se insiste en que territorialmente la parte del término municipal de Carreño afectada por el PUESP solo implica un 15% del total de la superficie terrestre ampliada con la Modificación, por lo que no impediría la continuación de las obras en el término municipal de Gijón, cuando, además, aún no ha sido redactado el Plan Especial, por lo que no se conoce el destino de la zona situada en Carreño.

Los autos de instancia que aquí se recurren han dado prevalencia a los intereses económicos expuestos por los recurridos, que, por tanto, han servido para excepcionar la regla general señalada de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, prevista en el artículo 130 de la LRJCA, que se dice vulnerado, y sin que, por otra parte, desde la perspectiva de la apariencia de buen derecho se hayan percibido datos significativos conducentes a la denegación de la medida cautelar solicitada.

SEXTO.- La cuestión, pues, debemos analizarla desde la doble perspectiva que los autos esgrimen y las partes analizan; esto es, de una parte, desde la perspectiva de la pérdida de la finalidad del recurso (en confrontación con los intereses que se alegan), y, de otra, desde la perspectiva, de la apariencia del buen derecho que pudiera deducirse de la Orden impugnada.

Los autos impugnados rechazan la pérdida de la finalidad del recurso, considerando, en síntesis, que los intereses ---de índole económica--- expuestos por la representación estatal y por la del Ayuntamiento de Gijón, son prevalentes --- "de mayor envergadura", se dice --- a los medioambientales expuestos por el Ayuntamiento recurrente. Por otra parte ---y como argumentación complementaria--- se rechaza la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho, poniendo de manifiesto que no es en el presente trámite de las medidas cautelares, en el que debe analizarse, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, la exigencia ---o no--- de la evaluación ambiental del PUESP, debiendo, no obstante, insistirse en el dato de que, en el PUESP que nos ocupa, la misma no fue llevada a cabo como consecuencia de la resolución dictada ---justificando su innecesariedad--- por la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático.

Los motivos han de prosperar, y, en consecuencia, hemos de proceder a adoptar la medida cautelar de suspensión del PUESP del Puerto de Gijón, limitado tal medida al ámbito territorial del municipio de Carreño.

Obvio es que ---de no procederse a la adopción de la medida cautelar--- el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Carreño perdería su finalidad; como antes expusimos, las obras que el Plan habilita consistirían en la explanación y taluzado de un promontorio costero, de 32 hectáreas de extensión, con una cota +-70 metros sobre el nivel del mar (denominado Alto de Aboño) y sito entre la Ría de Aboño ---que separa Carreño de Gijón---, las Playas de Xivares y Peña María, y un Suelo Urbano Residencial de Xivares, que, según expone el Ayuntamiento recurrente, nunca ha albergado instalaciones industriales o portuarias, y que, constituye una barrera de protección frente a la actividad industrial próxima de la población circundante. Se trata de unos terrenos que, según descripción técnica municipal, son de naturaleza netamente rural, agraria y ganadera, clasificados por las Normas Subsidiarias de Carreño como Suelo No Urbanizable de Protección de Costas, e incluidos dentro del ámbito del Plan de Ordenación del Litoral Asturiano. La transformación física de la zona no ofrece dudas: El uso portuario que le asigna el PUESP ---aún sin concretar--- es el de Complementario General, y, el volumen de la obra a realizar, resulta, sin duda, importante, ya que el material que pretende extraerse con la explanación ascendería aproximadamente, según reconoce el propio Presidente de la Autoridad Portuaria de Gijón, a 11 millones de metros cúbicos. En consecuencia, estaríamos, sin duda alguna, ante un supuesto de transformación de una realidad física sin posibilidad de retorno.

Por otra parte, también es un hecho incontestable y aceptado por las partes que el Plan cuya suspensión se pretende no fue sujeto a la evaluación prevista en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (en concreto, en los artículos 3 y 7 de la citada Ley). A tal efecto, la Secretaría de Estado para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático, mediante

Resolución de 24 de octubre de 2007 acordó no someter a evaluación el PUESP que nos ocupa, por entender que se trataba de uno de los planes previstos en el artículo 3.3 de la citada Ley 9/2006 .

SEPTIMO.- Acierta la Sala en cuanto no accede a pronunciarse sobre la legalidad de la decisión adoptada de innecesaria de evaluación previa, a la que acabamos de referirnos, por cuanto no encuentra vía de acercamiento tangencial a la citada cuestión de fondo suscitada. La misma se trata, sin duda, de una de las causas de nulidad del litigio suscitado sobre la legalidad del PUESP. Mas, aún siendo ello cierto, sin embargo, 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 taluzado 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.

Tal evaluación ---desde la perspectiva de la conveniencia y prudencia medioambiental--- se nos presenta, a la vista de los informes con los que hemos contado, como un elemento que debemos situar en el terreno de la lógica y la racionalidad. Así ---al margen de su exigencia legal, se insiste, en este momento cautelar--- lo ponían de manifiesto las diversas administraciones con competencias sobre la zona, y otros informes o recomendaciones:

a) La Consejería de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, a la vista de la calificación de los terrenos señaló que "sería deseable la búsqueda de un emplazamiento alternativo", añadiendo que "la ampliación podría afectar, en su zona noroeste y en zonas próximas a la norte, al hábitat comunitario prioritario 4040 (Breazakes litorales aeroalinos de Erica vagans y Ulex maritimus). Aunque la propuesta no implica que el hábitat sea alterado sustancialmente podría quedar dentro del ámbito del Plan. Pese a que no existen figuras de protección declaradas en la zona (LIC, Convenio, etc.) sería deseable que la zona arenosa de la margen izquierda de la Ría, los espacios ocupados por el hábitat y su franja de protección fuesen respetados".

b) Igualmente debe recordarse que Consejo de Gobierno del Principado de Asturias concedió ---con fecha de 19 de mayo de 2008--- autorización a la Autoridad Portuaria del Puerto de Gijón para la realización del uso del Sistema General Portuario mediante el desmonte y explanación de la zona (de conformidad con lo establecido en el artículo 135.2 del Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones legales Vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo), si bien indicando en la citada autorización: "... sin perjuicio de la tramitación de la evaluación ambiental necesaria".

c) Por su parte, el Arquitecto municipal de Carreño se refería a la "irreversible destrucción a la que han sido sometidos el valle y la Ría de Aboño, situados prácticamente en su totalidad en el Concejó de Carreño, con la ejecución de la denominada Explanada de Aboño". Tras distinguir lo ya realizado y sus efectos en la zona, de lo que se pretendía, ponía de manifiesto lo que implicaría el desarrollo del PUESP, señalando que "esta incorporación supone un salto cualitativo importante, pues implica la ocupación con el uso denominado "Complementario en General" definido en el artículo 9.2 de la Memoria de la Modificación del PUESP del Puerto de Gijón, de unos terrenos de naturaleza eminentemente rústica que nunca han albergado instalaciones portuarias ni industriales ...". Exponía la dimensión de las obras a realizar (18.000.000 de movimientos de tierra) y señalaba que "evidentemente, la alteración y transformación radical prevista del medio físico y del relieve tendrá necesariamente efectos significativos sobre el medio ambiente de una zona costera sensible que, independientemente de la presión a la que se halla sometida en la actualidad, constituye un elemento significativo del paisaje y una barrera de protección natural frente a la actividad portuaria e industrial de su entorno". Igualmente el Arquitecto municipal, en su informe, señala que "no resulta difícil prever que los ecosistemas naturales ... se verán afectados irremisiblemente", y que "igualmente resulta previsible la afectación sobre la población humana del entorno". Por todo ello, terminaba señalando que de acuerdo con la citada ley 9/2006, de 28 de abril, "resulta a nuestro juicio imprescindible que la Modificación del PUESP del Puerto de Gijón sea sometida a evaluación de impacto ambiental, al objeto de tratar de prever los efectos ambientales de la misma y determinar la posible significación de estos efectos sobre el medio ambiente".

d) Por su parte el Defensor del Pueblo expuso que "La decisión de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y Cambio Climático, de no someter a procedimiento de evaluación de la Ley 9/2006, se encuentra a nuestro juicio sin justificar"; y, por otra parte que "tal modo de razonar es directamente opuesto a la finalidad de la Ley 9/2006", destacando que, con la no evaluación decidida "se está soslayando el informe de sostenibilidad ambiental, instrumento a través del cual se identifican, describen y evalúan los posibles efectos significativos sobre el medio que puedan derivarse de la aplicación del Plan, así como las alternativas razonables, incluida la alternativa cero (no realización del plan)".

Pues bien, como hemos expuesto, la existencia de tales datos, contrastados y variados, nos mueven de forma irremisible a adoptar la medida cautelar solicitada, al no contar, como elemento de contraste, con una evaluación medioambiental de la zona, la cual, si bien ahora no podemos pronunciarnos sobre su procedencia legal, sí que nos permite valorar de forma prevalente los intereses medioambientales a los que se hace referencia desde distintas

perspectivas, y que podían haber sido desvirtuados con la previa realización de la misma; ante tal situación, la irreversibilidad de las obras a realizar nos conduce a tal decisión.

OCTAVO.- Hemos de concluir reiterando lo que hemos expuesto en nuestras SSTs de 14 y 22 de octubre de 2008:

" (...) al margen de no haber contado con justificación alguna las alegaciones acerca de los perjuicios propios de la entidad recurrente ---e incluso los de los vecinos de la zona---, lo cierto es que desde una perspectiva urbanística y medioambiental la defensa jurídica de los suelos rústicos de especial protección se nos presenta hoy ---en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de los normas de la Unión Europea--- como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos mas sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa. Ya en el Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (hoy Texto Refundido de la misma aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) se apela en el marco de la Constitución Española ---para justificar el nuevo contenido y dimensión legal--- al "bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47 ", de donde deduce "que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario de aquellas al servicio de la calidad de vida". Igualmente, en el mismo Apartado I, último párrafo, el reciente legislador apela a que "el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente", y se remite a los mandatos de la Unión Europea sobre la materia advirtiendo "de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de servicios públicos", y, todo ello, por que, según expresa la propia Exposición de Motivos "el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable", añadiendo que "desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada ...".

Pues bien, desde tal consideración, y teniendo en cuenta el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (artículo 2 del citado Texto refundido), los nuevos derechos de los ciudadanos en la materia (artículo 4) y los deberes de los mismos (artículo 5), el actual contenido del derechos de propiedad (artículo 9), así como el régimen de utilización del suelo rural (artículo 13), debemos llegar a la conclusión de que actuaciones como la de autos ---desde la perspectiva cautelar desde la que ahora la analizamos--- suponen una "perturbación grave de los intereses generales" y, en consecuencia, justifican plenamente la denegación de la medida cautelar pretendida. Es, sin duda, la expresada proyección normativa la que nos mueve a tal consideración, en un supuesto como el de autos ---recordamos--- consistente en la edificación de una nave industrial, llevada a cabo en un suelo rústico de protección forestal y de protección de espacios naturales y sin licencia o autorización alguna suficiente local o autonómica.

Desde esta perspectiva, pues, relativa a la prevalencia de los intereses generales (que se concentran en la protección medioambiental expresada) frente a los intereses particulares o intereses de terceros que se invocan, la valoración efectuada por la Sala de instancia se nos presenta como sólida jurídicamente e impecable en su argumentación. Efectivamente, teniendo en cuenta la situación que describimos, la Sala de instancia ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, resultando razonable la protección del interés general expuesto frente a los particulares, económicos y ---en su caso--- resarcibles de la recurrente. Ratificando tal ponderación de los intereses en conflicto, que se esgrimen y defienden en el recurso, consideramos más atendible la protección de la zona de referencia que el mantenimiento de la nave levantada, razón por la que es nuestro parecer que, el Tribunal a quo no ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional (ni en el 130.1) al denegar la medida cautelar suspensiva interesada".

NOVENO.- Procede, pues, estimación del recurso de casación, sin que proceda la imposición de las costas mismo, y, no habiendo, por otra parte, motivos para la imposición de las del recurso.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLO

1º. Haber lugar al recurso de casación número 3110/2009 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CARREÑO contra Auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de marzo de 2009, por el que fue desestimado el recurso de súplica formulado por la misma Entidad local recurrente contra el anterior Auto, de fecha 15 de enero de 2009, de la misma Sala, por el que se acordó la denegación de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la Orden FOM/297/2008, de 1 de febrero, por la que fue aprobada la Modificación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto de Gijón-Musel, en lo que afecta al ámbito territorial del municipio de Carreño (32 hectáreas situadas al Este de la Ría de Aboño).

2º. Anular los citados Autos.

3°. Acordar y ordenar la medida cautelar de suspensión de la Orden FOM/297/2008, de 1 de febrero, por la que fue aprobada la Modificación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto de Gijón-Musel, en lo que afecta al ámbito territorial del municipio de Carreño (32 hectáreas situadas al Este de la Ría de Aboño).

4°. No imponer las costas del recurso de casación ni las de instancia.

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 Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

Número CENDOJ:28079130052010100387