

EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PLANES URBANÍSTICOS EN ANDALUCÍA.

LA HISTORIA DE UN FRACASO COLECTIVO

El título de este comentario y este propio texto no pretende culpabilizar a nadie, ni siquiera a los más directos responsables de la situación actual, sino constatar la calamitosa situación en que se encuentra la evaluación ambiental en Andalucía, que a nadie beneficia y a todos perjudica. Se trata de un fracaso colectivo de la Comunidad Andaluza, en el sentido que es el conjunto de la ciudadanía que habita en esta tierra la perjudicada, dado que se ha producido una quiebra absoluta de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, que provoca efectos tales como el retraimiento o la renuncia de inversiones productivas, el abandono de proyectos largamente acariciados y la imposibilidad de que vean la luz nuevos planes generales de ordenación redactados con arreglo al principio de desarrollo sostenible y con determinaciones adaptadas a las necesidades colectivas del presente.

1.- El último episodio ha sido el Decreto-Ley 31/2020, de 1 de diciembre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de evaluación ambiental estratégica de determinados instrumentos de planeamiento urbanístico. Esta norma legal ha decidido:

a). Dar “por finalizados los procedimientos de evaluación ambiental estratégica de instrumentos de planeamiento urbanístico tramitados conforme a la disposición adicional tercera de la Ley 3/2015, de 29 de diciembre, de medidas en materia de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental”.

b). Dejar “sin efectos los informes de Valoración Ambiental o las Declaraciones Ambientales Estratégicas que se hubieran emitido en los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento tramitados según la disposición adicional tercera de la Ley 3/2015, de 29 de diciembre y que no hayan sido aún objeto de aprobación definitiva”.

c). Finalmente, que los Ayuntamientos que decidan comenzar nuevamente los trámites de aprobación de sus planes generales, deberán iniciar un nuevo procedimiento de evaluación ambiental estratégica conforme el art. 40 de la Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental (GICA), con nuevo borrador del plan y nuevo documento ambiental.

Las decisiones del Decreto-Ley han supuesto la invalidación 109 planes generales que se encontraban en tramitación en las ocho provincias de Andalucía.

La exposición de motivos de este Decreto-Ley explica que esa disposición adicional tercera de la Ley 3/2015 (añadida por Ley 2/2016, de 1 de agosto) estableció una forma de aplicación de los arts. 21, 24 y 28 de la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental (LEA) a los procedimientos de evaluación ambiental en tramitación “con la finalidad de no retrasar la aprobación de un elevado número de instrumentos de planeamientos urbanísticos que se encontraban en tramitación, por las importantes consecuencias jurídicas y económicas que dicho retraso pudiera implicar”.

Básicamente, lo que planteaba esa disposición adicional tercera era una suspensión provisional del procedimiento de evaluación para que el órgano ambiental pudiera examinar la documentación ambiental existente en el expediente y si como consecuencia de ello entendiera que era “necesaria información adicional para formular la declaración ambiental estratégica”, la debía requerir al promotor. Elaborada esta información adicional y completado el estudio ambiental, debía someterse a información pública. Cumplido este trámite y analizadas las alegaciones que se produjeran, se alzaba esta suspensión del procedimiento de evaluación, continuado la tramitación ambiental y urbanística del instrumento de planeamiento.

Dado que el plan general podía encontrarse con aprobación inicial, provisional, o solo pendiente de aprobación definitiva por haberse dictado ya la resolución última en el procedimiento de evaluación ambiental, la realización de los trámites expresados posibilitaba la adopción del acuerdo de aprobación del planeamiento que correspondiera a cada de esas fases de conformidad con los artículos 21, 24 y 28 de la LEA.

2.- La Evaluación Ambiental (en adelante EA) nace auspiciada por las Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente celebradas en Estocolmo (1972) y Río de Janeiro (1992). A partir de ellas se redactan y suscriben una serie de tratados en materia de medio ambiente y se dictan las primeras Directivas de la Comunidad Económica Europea (85/337/CEE y 97/11/CE) relativas a las repercusiones ambientales de los proyectos.

En Derecho interno, el Real Decreto Legislativo 1302/1982, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental (desarrollado por el reglamento aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre), fue la primera norma que reguló la evaluación de los efectos “directos e indirectos de un proyecto sobre los siguientes factores: a) el ser humano, la fauna y la flora, b) el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje, c) los bienes materiales y el patrimonio cultural, d) la interacción entre los factores mencionados anteriormente” de los proyectos.

3.- La exposición de motivos de la Ley 9/2006, de 28 de abril, de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, refiriéndose a la evaluación de impacto ambiental de proyectos, dice “... este instrumento ha mostrado sus carencias cuando se trata de evitar o corregir los efectos ambientales en el caso de las tomas de decisión de las fases anteriores a la de proyectos (...) Esta Ley, por tanto, introduce en la legislación española la evaluación ambiental de planes y programas, también conocida como evaluación ambiental estratégica, como un instrumento de prevención que permita integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de planes y programas públicos, basándose en la larga experiencia en la evaluación de impacto ambiental de proyectos (...) e incorpora a nuestro derecho interno 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”. Haciendo gala de una enorme sencillez y claridad, la exposición de motivos de esta Ley señala su finalidad esencial:

“Los fundamentos que informan tal Directiva son el principio de cautela y la necesidad de protección del medio ambiente a través de la integración de esta componente en las políticas y actividades sectoriales. Y ello para garantizar que las repercusiones previsibles sobre el medio ambiente de las actuaciones inversoras sean tenidas en cuenta antes de la adopción y durante la preparación de los planes y programas en un proceso continuo, desde la fase preliminar de borrador, antes de las consultas, a la última propuesta de plan o programa. Este proceso no ha de ser una mera justificación de los planes, sino un instrumento de integración del medio ambiente en las políticas sectoriales para garantizar un desarrollo sostenible más duradero, justo y saludable que permita afrontar los grandes retos de sostenibilidad como son el uso racional de los recursos naturales, la prevención y reducción de la contaminación, la innovación tecnológica y la cohesión social”.

La Ley 9/2006 introduce por tanto una figura nueva de control de los efectos de los planes y programas que denomina evaluación ambiental estratégica (EAE), y define como “el proceso que permite la integración de los aspectos ambientales en los planes y programas” que se articula en los siguientes trámites; a) la preparación del informe de sostenibilidad ambiental, b) la celebración de consultas, c) la elaboración de la memoria ambiental, d) la consideración del informe de sostenibilidad ambiental, del resultado de las consultas y de la memoria ambiental en la toma de decisiones y e) la publicidad de la información sobre la aprobación del plan o programa”, artículo 7.1.

Según su artículo 7.3 “El proceso de evaluación establecido en el apartado 1 de este artículo establece también los procedimientos para asegurar que la evaluación ambiental siempre se realice durante el proceso de elaboración de los planes y programas y antes de la aprobación”.

4.-Seguidamente se promulga la ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de Calidad Ambiental (GICA) de Andalucía. Algunos de sus rasgos, en relación con el objeto de este comentario, son dignos de reseñar.

Da la sensación de que la Comunidad Autónoma de Andalucía es soberana y ostenta competencia plena y exclusiva para regular la materia de medio ambiente. Así, su exposición de motivos da cuenta de la evolución del derecho internacional sobre el medio ambiente, de los avances en la materia en el derecho de la Unión Europea, que el marco jurídico de referencia en España es el artículo 45 CE y, finalmente, la competencia de la Comunidad según su Estatuto de Autonomía sobre el medio ambiente así como las actuaciones que desarrolladas por la Junta de Andalucía (estrategia andaluza de desarrollo sostenible o del plan de medio ambiente de Andalucía), antecedentes todos ellos que justifican la regulación que contiene la nueva ley. Solo de soslayo, y sin que esta referencia constituya el sujeto de la oración, menciona la Ley 9/2006, de 28 de abril. Tan significativa es esta posición que el apartado II de la exposición de motivos afirma con rotundidad que:

“La ley de gestión integrada de la calidad ambiental se erige como referente normativo adecuado para el desarrollo de la política ambiental de la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

Ocurre sin embargo que ese referente resulta defectuoso en su regulación de la evaluación de los planes urbanísticos de Andalucía.

Esto es así porque establece una doble categoría de planes y programas con instrumentos de evaluación diferenciados. De un lado, los planes y programas regulados en el art. 36 y siguientes (que no son planes urbanísticos sino relacionados con cualquiera otra materia o sector de la actividad), que se sujetan a una evaluación ambiental estratégica siguiendo el modelo de la Ley estatal 9/2006. Sin embargo, los planes urbanísticos (art. 40 y siguientes) se someten al contenido de la evaluación de impacto ambiental, que es aquella que se aplica a la evaluación de proyectos. Sobre esto señala exposición de motivos que:

“Respecto del planeamiento urbanístico se mantienen los principios del actual régimen de evaluación de impacto ambiental, teniendo en cuenta las particularidades introducidas por la ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía”.

Ninguna explicación ofrece la exposición de motivos sobre la razón de ser de esta decisión que después será fuente de conflictos y que quizá (aventuro una posición personal), fuese debida al prurito soberanista que se aprecia en el preámbulo de la ley. Esta diferenciación de regímenes de evaluación de planes y programas ha sido seriamente cuestionada (lo que supone una auténtica novedad) por normas andaluzas con rango de ley. Así, el Decreto-Ley 3/2015, de 3 marzo, señala:

“Respecto a la evaluación ambiental estratégica, la Ley 7/2007 de 9 de julio, reguló en un único texto, la evaluación ambiental de proyectos y la de planes y programas, si bien, la adaptación que hizo su artículo 40, referido a la evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento urbanístico, a la Ley 9/2006, de 28 de abril, fue cuando menos, incompleta. Para la tramitación de la evaluación ambiental de estos instrumentos de planeamiento urbanísticos, nos remite al Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado mediante Decreto 292/1995; a este respecto, es preciso recordar que el mencionado reglamento se dictó en desarrollo de la Ley 7/94 de Protección Ambiental de Andalucía, ley derogada por la Ley 7/2007, de 9 de julio, y su procedimiento está pensado para realizar la evaluación de impacto ambiental de proyectos, lo que origina numerosas dificultades interpretativas, al aplicarlo a la evaluación de planes y programas”.

Por su parte la Ley 3/2015, de 29 de diciembre, añade:

“La Ley 7/2007, de 9 de julio, reguló un doble procedimiento para la evaluación ambiental de los planes y programas; por un lado, el general, regulado en los artículos 36 y siguientes, y, por otro, el contemplado en el artículo 40 para los instrumentos de planeamiento urbanístico, asimilando la tramitación de evaluación ambiental de estos últimos a la evaluación ambiental de proyectos. Aunque el informe de valoración ambiental regulado en el artículo 40 era materialmente idéntico en su contenido y finalidad a la evaluación ambiental estratégica, esta distinción originó numerosas dudas interpretativas que se tradujeron en un elevado nivel de dificultad, tanto en proyectos piloto puestos en marcha por la Unión Europea como ante los Tribunales de justicia”.

A pesar de lo que señala la exposición de motivos de la Ley, sobre la identidad del informe de valoración ambiental contemplado en el art. 40 al contenido y finalidad de la evaluación ambiental estratégica, en ningún momento la GICA menciona la llamada alternativa cero, definida por el art. 8 de la Ley 9 /2006 como “la no realización de dicho plan o programa” y de consideración preceptiva en el estudio de las alternativas posibles y viables.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22/7/2015, recurso de casación 2180/2014 aduce como uno de los motivos de anulación del PGOU de Marbella, la ausencia de valoración de la alternativa cero. El Fundamento jurídico decimotercero declaró “En definitiva, la completa falta de estudio comparativo de las alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, así como de su exposición de la denominada alternativa cero, hacen incurrir al PGOU de Marbella en la nulidad pretendida, al haberse prescindido de la preceptiva EAE, así como de la Memoria ambiental consecuente, efectuadas conforme a las prescripciones de la Ley 9/2006 y de la Directiva 2001/42/ CE en que se inspiran”.

5.- El siguiente paso en este recorrido por la legislación lo constituye la Ley estatal 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LEA), publicada en el BOE 11-12-2013.

El propósito abiertamente confesado de esta norma es establecer un procedimiento común de evaluación ambiental en todo el territorio nacional, tanto en su modalidad de impacto como estratégica. Se apoya en el art. 149.1.23ª de la Constitución que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de que las comunidades autónomas puedan establecer normas adicionales de protección.

Esta ley aborda conjuntamente la evaluación de impacto ambiental de proyectos y la evaluación ambiental de planes y programas, define unos conceptos básicos para la aplicación de sus reglas y establece unas normas y principios de procedimiento de eficacia general. En el ámbito de la evaluación de planes y programas crea dos figuras; la evaluación estratégica ordinaria dirigida a los planes y programas que se supone tienen un mayor efecto ambiental, y la simplificada para aquellos de menor incidencia ambiental.

Dentro de este propósito uniformador al que hemos hecho referencia, la disposición final undécima es singularmente llamativa dado que, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la ley, sus preceptos serán enteramente aplicables en las comunidades autónomas que dispongan de legislación propia en materia de evaluación ambiental, salvo que con antelación a dicho plazo hayan adaptado su legislación a la ley. Disposición declarada constitucional por la STC 53/2017, excepto su último párrafo que no afecta al régimen descrito. Literalmente esta disposición final undécima (“Entrada en vigor en relación con la normativa autonómica de desarrollo”) dice lo siguiente:

“Sin perjuicio de su aplicación a las evaluaciones ambientales competencia de la Administración General del Estado desde el momento de su entrada en vigor, a efecto de lo dispuesto en las disposiciones derogatorias y finales séptima y novena, y de la aplicación de la presente Ley como legislación básica, las Comunidades Autónomas que dispongan de legislación propia en materia de evaluación ambiental deberán adaptarla a lo dispuesto en esta ley en el plazo de un año desde su entrada en vigor, momento en el que, en cualquier caso, serán aplicables los artículos de esta ley, salvo los no básicos, a todas las Comunidades Autónomas”.

Esto es lo que aconteció en Andalucía como veremos a continuación.

A los efectos de este comentario es conveniente igualmente destacar su disposición transitoria primera, conforme a la cual “Esta Ley se aplica a todos los planes, programas y proyectos cuya evaluación ambiental estratégica o evaluación de impacto se inicie a partir del día de la entrada en vigor de la presente Ley”. El subrayado es nuestro.

6.- La Comunidad Andaluza no adaptó su legislación de evaluación ambiental dentro del plazo de año al que se refería la disposición final undécima de la ley estatal, de modo que el día 12 de diciembre de 2014 la ley 21/2013 era la norma aplicable en Andalucía en esta materia.

El Decreto-Ley 3/2015, de 3 de marzo, fue la norma de adaptación de la legislación andaluza (GICA) a la estatal, y se aprovechó esta oportunidad para incorporar a su texto modificaciones debidas a reformas de legislación sectorial aplicable a la materia. Se trata por tanto de una norma de apreciable densidad, (modificó 32 artículos) y definitivamente zanjó la diferenciación de regímenes de evaluación de los planes y programas, quedando todos ellos sometidos a evaluación ambiental estratégica. Respecto de esta última cuestión, modificó sustancialmente los art. 36 a 45 y estableció una regulación coincidente en lo sustancial con la LEA y una regulación específica o en detalle sobre las particularidades de la evaluación ambiental estratégica del planeamiento urbanístico en Andalucía.

Además de esa adaptación y refundición, este Decreto-Ley reguló en su Disposición transitoria primera un régimen de aplicación de sus determinaciones a los instrumentos de evaluación ambiental en tramitación. Esta Disposición decía:

“Este Decreto-Ley se aplica a todos los planes, programas y proyectos cuya evaluación ambiental estratégica o evaluación de impacto ambiental se inicie a partir del día de la entrada en vigor del presente Decreto-Ley, sin perjuicio que, respecto los instrumentos de planeamiento urbanístico en tramitación, estos sujetarán la correspondiente Evaluación Ambiental Estratégica a lo previsto en el presente Decreto-Ley” (el subrayado es nuestro).

De modo que, por un lado, se aplica a los planes y programas cuya evaluación se inicie a partir de la entrada en vigor del Decreto-Ley y, por otro, también se aplica a todos los procedimientos de evaluación de los instrumentos de planeamiento urbanístico que se estuvieren tramitando en aquella fecha.

Por razones que no podemos entender, la Disposición transitoria primera del Decreto-Ley 3/2015 aplica con carácter retroactivo de grado medio la LEA a los planes generales en tramitación dado que se sujetarán a evaluación ambiental regulada por esta norma.

Nada obsta a la aplicación retroactiva de las normas administrativas no sancionadoras y que sean respetuosas con el principio de seguridad jurídica y de confianza legítima, pero choca esta aplicación retroactiva si se tienen en cuenta precedentes inmediatos. Así, la Disposición transitoria segunda “Procedimientos en curso” de la GICA (BOJA 143, de 20-7-2007), determina que los procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor “continuarán su tramitación conforme a la normativa que les era de aplicación en el momento de su iniciación”. Por su parte la Disposición transitoria primera de la LEA, como hemos visto,

no establece retroactividad alguna, limitándose a señalar que las disposiciones de la Ley se aplican a todos los planes y programas cuya evaluación ambiental estratégica se inicie a partir del día de su entrada en vigor.

El Decreto-Ley parece afirmar que el retraso de la adaptación de la normativa ambiental andaluza a la legislación estatal, de un lado, y la Disposición adicional undécima LEA, de otro, llevaba consigo, necesariamente, ese efecto, es decir que las evaluaciones ambientales de los planes en tramitación debían ajustarse en todo a la Ley 21/2013. En este sentido parece expresarse la exposición de motivos al decir que “llegada esta fecha (se refiere al 12 de diciembre de 2103) y en caso de no adaptación a la ley estatal por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se aplicarán en bloque los preceptos de la legislación estatal, salvo aquellos que no sean básicos”. Nos parece que no tiene mucho fundamento el argumento empleado puesto que, si la Ley estatal no contempla retroactividad alguna, la aplicación en bloque de su articulado no lleva a la aplicación retroactiva de sus reglas.

Antes de que se dictara este Decreto-Ley la Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental había elaborado la Instrucción 1/2015, de 10 de febrero, que analizaba el procedimiento a seguir por las Delegaciones Territoriales en los casos de expedientes de evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento urbanístico. Esta Instrucción señalaba dos casos; (a) el de los planes que inicien su evaluación ambiental con posterioridad al 12 de diciembre de 2013, para los cuales, obviamente, decreta la “aplicación el procedimiento íntegro de evaluación ambiental estratégico previsto en la normativa básica estatal” y (b) el de los planes que estuvieran en tramitación antes del día 12 de diciembre de 2014 respecto de los cuales señalaba “Para estos procedimientos y en virtud de la Disposición transitoria primera, sigue vigente lo previsto en la Ley 7/2007 de gestión integral de la calidad ambiental, por lo que continuarán su tramitación de acuerdo con lo previsto en esta norma y hasta tanto en cuanto la misma no sea adaptada al contenido de le Ley 21/2013”.

Estos pronunciamientos contradictorios muestran que la Consejería no tenía claro el régimen de eficacia que debía otorgar a la norma de adaptación en relación con los procedimientos de aprobación de planes generales anteriores a la LEA. De todas maneras, no tiene sentido detenerse en el análisis de la cuestión porque el hecho definitivo es que el Decreto-Ley aplica la LEA con carácter retroactivo a los planes generales que se encontraban en tramitación con anterioridad al día 12 de diciembre de 2013.

7.- Instrucciones para la aplicación de la Disposición transitoria primera del Decreto-Ley 3/2015 y la Ley 6/2016, de 1 de agosto.

Aceptada por tanto la aplicación de la LEA a los procedimientos anteriores a la fecha de su promulgación se impone la tarea de determinar cómo se va a actuar en los diferentes escenarios que plantea la realidad o estado de tramitación de los planes o del procedimiento de impacto ambiental, para su reconversión en evaluación ambiental estratégica.

La exposición de motivos del Decreto-Ley 3-2015 expresó que el criterio seguido para coordinar los procedimientos en marcha con la nueva legislación había estado presidido por los principios de conservación de los actos administrativo, de economía procesal y de eficacia:

“La defensa del interés general exige trasladar a los ayuntamientos de Andalucía, y al resto de operadores jurídicos y económicos, la seguridad de que solo regirá un procedimiento para tramitar la evaluación ambiental estratégica de los instrumentos de planeamiento urbanístico. Por eso, la Disposición Transitoria primera de este Decreto-ley, regula que todos los procedimientos en tramitación, se hayan iniciado o no antes de la entrada en vigor de la ley estatal, se adapten al presente Decreto-ley, mediante una resolución del órgano ambiental, que bajo los principios de conservación de actos administrativos, economía procesal, y eficacia en la actuación de los poderes públicos, determine a que fase del procedimiento regulado en el presente Decreto-ley, es asimilable la tramitación realizada hasta el momento en todos los expedientes vivos que obren en la Consejería con competencias en materia de medio ambiente”.

Sobre la base de estos principios se dictó una Instrucción conjunta de fecha 8-5-2015 por la Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental y de la Dirección General de Urbanismo que, a través unos cuadros y una mínima explicación, establecía la equivalencia entre las fases del procedimiento de impacto ambiental del planeamiento con las fases del procedimiento regulado por el Decreto-Ley 3/2015.

Aprobada la Ley 3/2015, de 29 de diciembre, que reproduce casi en todos sus términos el Decreto-Ley, las dos Direcciones generales señaladas consideraron conveniente dejar sin efecto la Instrucción ya citada y dictar una nueva con fecha 8-3-2016, en la que ahora, con una mayor explicación se estableció ese régimen de equivalencias.

No obstante, tanto una como otra Instrucción fueron superadas por la adición a la GICA, por la Ley 6/2016, de 1 de agosto, de una disposición adicional tercera que tenía por finalidad determinar la aplicación de los arts. 21, 24 y 28 LEA a los procedimientos de evaluación ambiental de los planes en tramitación a la entrada en vigor de la Ley estatal.

8.- Nulidad de planes.

Así como el Decreto-Ley 3/2015 y la Ley 3/2015 fueron críticos con la regulación establecida en la GICA sobre el sistema de evaluación ambiental del planeamiento urbanístico, por las dificultades para su adecuada aplicación y por elevado nivel de conflictos que originó aquella deficiente regulación, el Decreto-Ley 31/2020, de 1 de diciembre, reconoce igualmente que las cosas no se han hecho bien dado que “se han dictado recientemente varias sentencias judiciales por parte del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, resolviendo recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la aprobación definitiva de estos planes, que ha generado una gran incertidumbre jurídica al entender que el régimen establecido en la Disposición no se acomoda a la normativa de la Unión Europea, recogida en la Directiva 2001/42/CE, ni tampoco en la legislación básica estatal que se contiene en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental”.

Conocemos dos sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que han declarado la nulidad del Plan General de Ordenación Urbanística de Chiclana (Sala de lo contencioso-administrativo de Sevilla de 13 de febrero de 2020, RJCA 2020/498) y del Plan General de Jaén (Sala de Granada de 20 de septiembre de 2020, RJCA 2018/1530. Y ambas estiman los recursos interpuestos porque “no se ha llevado a cabo correctamente el proceso de evaluación ambiental”:

“Al hilo ya de las alegaciones de la demandada, la evaluación que consta en el expediente y a que se remite la demandada, recuerda la norma autonómica que a su vez se justifica en la normativa estatal que se invoca, y en general pretende actuar medioambientalmente en fases previas a los futuros proyectos y prevenir los efectos de la ordenación prevista y sus diversas actuaciones, por lo que desde este punto de vista, no resultaría de aplicación la [STS de 27 de octubre de 2015 \(RJ 2015, 5581\)](#) relativa al PGOU de Marbella. Sin embargo, aceptando que a diferencia del PGOU analizado en la referida Sentencia este PGOU de Jaén no mira hacia el pasado sino al futuro, resulta de aplicación la tesis de la citada STS expuesta en su fundamento decimotercero, ya que no contiene un verdadero estudio de identificación de los efectos globales de la aplicación del plan y además es defectuosa en cuanto que no contiene un estudio de alternativas viables, incluida la alternativa 0”. (TSJA, sede de Granada).

“Sin embargo, el estudio y la formulación de las alternativas se realizaron con posterioridad a las aprobaciones provisionales del plan, de ahí, que como se expuso más arriba no se cumplió con la finalidad institucional justificadora, de la evaluación ambiental estratégica, que no es otra, que la de anticipar la protección ambiental antes de la toma de decisiones que puedan comprometer negativamente el medio ambiente. Ha de reiterarse que la evaluación ambiental estratégica, tiende a dotar de consistencia la decisión, desde el punto de vista medio ambiental, dentro del procedimiento de decisión de planeamiento. La iniciación del plan debe contar con la evaluación ambiental estratégica previa, lo que no ha ocurrido en el supuesto presente, pues la evaluación de las alternativas queda en palabras de la [sentencia de 30 de octubre de 2018 \(RJ 2018, 4963\)](#) del Tribunal Supremo <<gravemente debilitada, al venir determinada forzosamente por situaciones de hecho anteriores sobre las que la evaluación estratégica no podría intervenir preventivamente, ni tampoco conjurar sus eventuales riesgos para el medio ambiente>> por lo que igualmente procede la estimación del recurso”. (TSJA, sede de Sevilla).

9.- Reconducción de la situación a términos de normalidad.

Todo el planeamiento urbanístico realizado al amparo de la GICA y de la restante normativa andaluza analizada está en crisis en la medida que se ha producido un fracaso colectivo de enormes proporciones. Esta circunstancia obliga a replantearse la situación y esta es la razón de este comentario.

Resulta que ha coincidido la publicación del Decreto 31/2020 con la última por ahora de las impugnaciones conocidas de planes generales; en este caso el PGOU de Torremolinos. Después de una tramitación tortuosa que ha consumido años, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA con sede en Málaga dictó el día 30 de septiembre de 2020 un Auto acordado la suspensión cautelar del Plan General de Ordenación Urbanística aprobado el día 21 de junio de 2019 y de 22 de diciembre de ese año de registro y publicación del plan.

Esta resolución estima la medida cautelar de suspensión de eficacia del plan y motiva su decisión con el argumento de que en caso de conflicto entre dos intereses públicos -el urbanístico y el medio ambiente- prima el interés público representado en la protección del medio ambiente y en la defensa del desarrollo sostenible y añade que “todo ello sin que se prejuzgue el fondo del asunto, lo cual ha de reservarse para la sentencia, todo lo cual no quiere decir que la simple invocación de la protección de los intereses medioambientales sea razón suficiente para la medida cautelar, pues para que esta tenga lugar, es preciso que, ab initio, la cuestión ofrezca apariencia de buen derecho”, apariencia que la Sala aprecia en este caso porque aquí no habría existido una auténtica evaluación ambiental estratégica “sino una adaptación del Informe de Valoración Ambiental”.

El Ayuntamiento de Torremolinos decidió interponer recurso de casación frente al Auto de medidas cautelares a cuyo efecto formuló previamente recurso de reposición (art. 87.3 LJCA) que ha sido estimado por Auto de la Sala de 29 de enero de 2021, al admitir que la medida cautelar de suspensión de eficacia del nuevo Plan General tenga un alcance parcial y se limite a diez sectores de suelo urbanizable.

Esta resolución judicial está apuntando, en el caso estimación del recurso, hacia una anulación parcial del PGOU de Torremolinos por motivos de invalidez de la evaluación ambiental realizada y esta es una posición novedosa en el marco de la jurisprudencia existente. En efecto, la posición mayoritaria de los Tribunales de Justicia ha sido la declaración de nulidad de pleno derecho del plan de ordenación urbanística, por incurrir en un vicio de procedimiento o sustantivo, dada la consideración de estos planes como disposiciones generales de carácter reglamentario. Nulidad que era la consecuencia prevista en el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que hoy sanciona igualmente el art. 47 de la Ley 39/2015m de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común. Un ejemplo de nulidad por vicio de procedimiento es la STS de 6-19-2015, rj 6302 que anuló el Plan de Ordenación del Territorio Subregional de la Costa del Sol Occidental por carecer de informe de género y ejemplo de nulidad por vicios materiales las sentencias de TSJ de Andalucía antes citadas.

Una abundante literatura jurídica está postulando una reconsideración de los efectos de la nulidad de los planes urbanísticos e, incluso, de la nulidad ensimismo considerada y ello por los devastadores consecuencias que conlleva su declaración (la pérdida irremisible de todo lo actuado y la imposibilidad de aprovechar trámite o actuación alguna), dado que conlleva tirar al cajón de basura el ingente esfuerzo humano y de recursos económicos que supone la elaboración y la tramitación de un plan general y, lo que es peor, que no pueda ser aplicado un plan que atiende las necesidades del presente.

En el caso de una defectuosa evaluación ambiental estratégica, ya sea por un vicio sustantivo o formal, entendemos que es posible que las sentencias que resuelvan recursos contra planes generales por este motivo declaren, no la entera nulidad del instrumento de planeamiento, sino solo de la parte aquejada de vicio material. Fundamos esta opinión en dos motivos:

En primer lugar, porque el plan de ordenación, aun cuando constituye una unidad, está formado por partes que pueden tener autonomía propia. Esta es la razón por la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) permite que la revisión del planeamiento pueda ser parcial, tal como autoriza el art. 37 (“La revisión puede ser total o parcial según su ámbito o alcance. La revisión puede ser parcial cuando justificadamente se circunscriba a una parte, bien del territorio ordenado por el instrumento de planeamiento objeto de la misma, bien de sus determinaciones que formen un conjunto homogéneo, o de ambas a la vez”).

La posibilidad de que la revisión del plan pueda tener un alcance parcial cuando se den las circunstancias expresadas, es un hecho relevante que debe ser tenido en cuenta. La STS 1300/2020, de 27 de mayo ECLI:ES:TS:2020:1300 resuelve un recurso frente a Sentencia del TSJ Canarias que había declarado la nulidad del Plan General de Ordenación Supletorio del municipio de Yaiza con alcance parcial, limitado a la parte de dicho plan que incidía sobre el dominio público marítimo terrestre y sus zonas de servidumbre. La infracción cometida era que se había otorgado aprobación definitiva a ese instrumento sin contar con el informe de la Administración competentes en materia de Costas y antes de que transcurriera el plazo de dos meses que contempla el art. 117.2 de la Ley de Costas. Es decir, en este caso se está en presencia de un vicio de procedimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo es remarcable en lo que a este comentario se refiere por dos pronunciamientos, uno en cuanto admite en abstracto la posibilidad de una declaración de nulidad parcial cuando concurren determinados requisitos; (“Ahora bien, si ha de considerarse que la regla general es la declaración de nulidad del Plan, en la medida en que esa declaración de nulidad no puede hacerse por áreas o sectores sin que se vean afectados los restantes en las determinaciones generales que comporta la potestad del planeamiento, es indudable que cuando pueda individualizarse una concreta zona o sector, o unas concretas determinaciones de igual naturaleza, que tenga un grado de individualización tal que sus determinaciones no afecten al resto del territorio planificado, nada impide que pueda limitarse la declaración de nulidad a esa zona o zonas concretas. Es más, ese debe ser el criterio que impone la propia Jurisprudencia, que cuando examina la legalidad de las disposiciones reglamentarias que no tienen las peculiaridades del planeamiento, la nulidad se predica de preceptos concretos, sin que ello comporte la nulidad de todo el reglamento impugnado, a salvo de aquellos que pudieran traer causa de los preceptos declarados nulos de pleno derecho”).

Y otro porque concreta el alcance la nulidad, sin que sea posible la retroacción de las actuaciones al momento en el que se cometió la infracción como modo de subsanación de los defectos (que fue el pronunciamiento de la Sentencia casada), sino que debe seguir en todo el régimen aplicable a las disposiciones declaradas nulas. (“De lo expuesto en los anteriores fundamentos hemos de concluir que los vicios de procedimiento esenciales en la elaboración de los Planes de Urbanismo comportan la nulidad de pleno derecho de todo el Plan impugnado, sin posibilidad de subsanación del vicio apreciado a los efectos de mantener la vigencia del Plan con una ulterior subsanación. No obstante lo anterior, en aquellos supuestos

en que el vicio apreciado para la declaración de nulidad pueda individualizarse respecto de un determinado ámbito territorial del Plan o concretas determinaciones, sin que tenga relevancia alguna respecto del resto de ese ámbito territorial, puede declararse la nulidad del plan respecto de esas concretas determinaciones, sin que ello autorice a considerar la nulidad de pleno derecho subsanable con la retroacción del procedimiento”).

El segundo motivo al que nos hemos referido, tiene que ver ahora con un defecto sustantivo o material imputable al instrumento de planeamiento en relación con la observancia de la legislación sobre evaluación ambiental. Y mantenemos la opinión de que cabe extender el pronunciamiento de la sentencia anterior también en el caso de un defecto sustantivo siempre que concurra la misma circunstancia de hecho; la individualización de una parte del plan general respecto del resto de la ordenación urbanística.

El desarrollo de este argumento está en inmediata relación con el objeto y fines de la evaluación ambiental estratégica de acuerdo con su regulación legal y a estos efectos es imprescindible partir del significado y alcance de esta técnica preventiva conforme al art. 1 de la Directiva 2001/42/CE.

“La presente Directiva tiene por objeto conseguir un elevado nivel de protección del medio ambiente y de contribuir a la integración de los 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 previsiones de la presente Directiva, de una evaluación ambiental de determinados planes y programas que pueden tener efectos significativos en el medio ambiente”.

Una vez definido el objeto, el paso siguiente de la Directiva es la de determinar su ámbito de aplicación, lo que lleva a cabo a través de tres reglas; la primera definir los sectores de actividad a los que se aplica entre los cuales obviamente contempla “la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo”, la segunda expresar que los planes y programas sujetos a esta técnica son aquellos que “puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente” y la tercera que se trate de planes o programas “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” (Directiva sobre el impacto ambiental de los proyectos).

Esta misma regulación es la que sigue el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus respectivas legislaciones. Así, el art. 1 de LEA señala que “Esta ley establece las bases que deben regir la evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente (...)”. Efecto significativo que define como “alteración de carácter permanente o de larga duración de un valor natural y, en el caso de espacios de la Red Natura 2000, cuando además afecte a los elementos que motivaron su designación y objetivos de conservación” (art. 6) y también como “Aquel que se manifiesta como una modificación del medio ambiente, de los recursos naturales o de sus procesos fundamentales de funcionamiento, que produzca o pueda producir en el futuro repercusiones apreciables en los mismos” (Anexo VI.8.a LEA).

De acuerdo con estas precisiones, la construcción de un solar en el suelo urbano conforme a proyecto autorizado por el municipio no produce el efecto al que se refiere la legislación de evaluación ambiental porque no provoca “alteración de un valor natural” y por ello no es una actuación sujeta a evaluación.

En el lado opuesto a este ejemplo de la realidad se sitúa el supuesto del planeamiento general que contemplase nuevos suelos aptos para su transformación por la urbanización. Aquí concurrirían los presupuestos de la legislación que exigen la previa evaluación ambiental; plan que efectivamente establezca el marco de futura autorización de proyectos tipificados en los anexos I y II de la Directiva de impacto ambiental y de la LEA.

Voluntariamente hemos querido reflejar con estos ejemplos dos situaciones extremas (dejando a un lado las situaciones intermedias a las que se refieren la Directiva y la LEA; las modificaciones menores de los planes que establecen el marco para la futura autorización de proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental y esos mismos planes cuando establezcan el uso de zonas de reducida extensión a nivel local) que son las que afronta un plan en proceso de formulación o revisión; la ciudad existente y los nuevos desarrollos.

En la ciudad existente, la mayoría de sus determinaciones reconocen el modelo desarrollado proponiendo mejoras de la ordenación (apertura de calles, obtención de terrenos para dotaciones), y de la regulación (clarificación de la normativa y de las ordenanzas) y algunas intervenciones de mayor calado, unas relacionadas con incrementos de densidad y edificabilidad (lo que hoy se inspira en el modelo de ciudad compacta) y otras con determinados procesos de transformación como el polígonos industriales obsoletos que ocupan una posición inadecuada con el modelo de ciudad y para los que el Plan propone un cambio radical de su ordenación y calificación.

De estas determinaciones del plan sobre la ciudad existente solo la de procesos de reconversión de la ordenación existente que requieran un proyecto de urbanización está necesitada de evaluación ambiental, porque las demás, no se puede olvidar, se desarrollan en el medio urbano y no producen efecto sobre el medio ambiente entendido como lo entiende la legislación ambiental y la de evaluación ambiental.

Pues bien, un análisis que parta de los principios y reglas de la legislación en la materia determina que los supuestos que requieren evaluación ambiental son aquellos en los que concurre un proceso de transformación del suelo por la urbanización (ya sea del suelo urbanizado o del suelo en situación rural). Al contrario, no están sujetos a evaluación las intervenciones menores que hemos indicado. Por ello, esta situación de hecho y derecho, que es perfectamente diferenciable, puede ser apreciada por un Tribunal al dictar una sentencia anulatoria del plan por infracción de la normativa ambiental, art. 71.1.a) ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Fdo. Álvaro García-Cabrera Mata.