



Roj: **STSJ CV 3193/2013 - ECLI: ES:TSJCV:2013:3193**

Id Cendoj: **46250330012013100749**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2013**

Nº de Recurso: **20/2010**

Nº de Resolución: **750/2013**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA DESAMPARADOS IRUELA JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD

VALENCIANA

· **SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

· **SECCIÓN PRIMERA**

En la Ciudad de Valencia, a veintiséis de junio de dos mil trece.

VISTOS los presentes autos por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Srs. D. MARIANO FERRANDO MARZAL, Presidente, D. CARLOS ALTARRIBA CANO, D. EDILBERTO NARBÓN LAINEZ, ESTRELLA BLANES RODRIGUEZ y D^a DESAMPARADOS IRUELA JIMÉNEZ, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N^o: 750

En el recurso contencioso-administrativo número 20/2010, deducido por RESIDENCIAL MIRA LLEVANT S.L., representada por la Procuradora D^a María de los Ángeles Miralles Ronchera, frente al acuerdo del Consell de la Generalitat Valenciana de 6 de noviembre de 2009, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por aquella mercantil contra el acuerdo de 5 de junio de 2.009 del Consell, de ampliación de la Red de Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) de la Comunidad Valenciana (DOGV número 6031, de 9 de junio de 2.009).

Ha sido parte en autos como administración demandada la GENERALITAT VALENCIANA, representada por el Abogado de la Generalitat; siendo Magistrada Ponente D^a DESAMPARADOS IRUELA JIMÉNEZ.

· **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO .- Interpuesto el recurso contencioso-administrativo, y seguidos los trámites legales, se emplazó a la demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito solicitando se dictara sentencia que, con estimación del recurso, anulase los acuerdos impugnados por no ser ajustados a derecho, anulando asimismo la declaración de ZEPA "Sierra escalona Dehesa de Campoamor", con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO .- La Generalitat Valenciana contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia que declarase la conformidad a derecho de la resolución administrativa impugnada en el presente recurso, denegando la pretensión de nulidad deducida de contrario.

TERCERO .- Por la Sala se acordó el recibimiento del pleito a prueba, admitiéndose y practicándose las pruebas propuestas por las partes que fueron estimadas pertinentes. Finalizado el periodo probatorio, así como el trámite de conclusiones, se declaró el pleito concluso, quedando los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del proceso se han observado las prescripciones legales.



· FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora, Residencial Mira Llevant S.L., deduce el presente recurso contencioso-administrativo, según ha sido expuesto, frente al acuerdo del Consell de la Generalitat Valenciana de 6 de noviembre de 2009, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por aquella mercantil contra el acuerdo de 5 de junio de 2.009 del Consell de la Generalitat Valenciana, de ampliación de la Red de Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) de la Comunidad Valenciana (DOGV número 6031, de 9 de junio de 2.009).

Concretamente impugna la recurrente dicho acuerdo autonómico en cuanto a la ZEPA nº 43, denominada Sierra Escalona Dehesa de Campoamor, cuyo objeto queda explicitado del siguiente modo en el Anexo de la resolución impugnada:

43. Sierra de Escalona y Dehesa de Campoamor

Superficie: 10.407,36 ha

Provincia: Alicante

Municipios: Orihuela, Pilar de la Horadada, San Miguel de Salinas.

Especies de aves del anexo I de la Directiva 79/40CEE presentes en la zona:

Nombre común Nombre científico

culebrera europea *Circaetus gallicus*

águila real *Aquila chrysaetos*

águila-azor perdicera *Hieraaetus fasciatus*

halcón peregrino *Falco peregrinus*

alcaraván común *Burhinus oedicephalus*

búho real *Bubo bubo*

chotacabras gris *Caprimulgus europaeus*

martín pescador *Alcedo atthisarraca*

carraca *Coracias garrulus*

cogujada montesina *Galerida theklae*

totovía *Lullula arborea*

bisbita campestre *Anthus campestris*

curruca rabilarga *Sylvia undata*

Datos relevantes:

Nidifican en la zona 13 especies del anexo I.

Alberga importantes poblaciones de aves rapaces como culebrera europea, águila real, águila-azor perdicera, halcón peregrino y búho real. Para estas especies es una de las principales áreas de concentración invernal y dispersión en la Comunitat Valenciana, especialmente en el caso del águila-azor perdicera.

Observaciones:

ZEPA de nueva creación.

Otras protecciones vigentes en la zona: LIC de la misma denominación (ES5212012) (parte del ámbito).

Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la misma denominación.

SEGUNDO.- A efectos de analizar y resolver las cuestiones planteadas en el proceso resulta indispensable consignar, con carácter previo, los siguientes hechos y datos:

1º. En el Preámbulo del acuerdo del Consell de 5 de junio de 2.009 impugnado se afirma lo siguiente:

"El artículo 43 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, establece, conforme a la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, que los ámbitos terrestres y marítimos más adecuados para la conservación de las especies de aves que se relacionan en el anexo IV de la misma ley, en relación con el anexo I de la citada directiva, serán declarados Zonas de Especial Protección para las Aves denominadas en adelante ZEPA.



Las ZEPA, junto con las Zonas de Especial Conservación que se declaren a partir de los lugares de interés comunitario designados en virtud de la Directiva 92/43CEE, del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres, forman parte de la red ecológica europea coherente de zonas especiales de conservación denominada Natura 2000, así definida en la misma Directiva 92/43CEE y cuyo régimen jurídico se establece en los artículos 41 a 48 de la mencionada Ley 42/2007 .

Hasta la fecha de entrada en vigor de este acuerdo han sido declaradas en la Comunitat Valenciana 18 ZEPA, con una superficie total de 277.239 hectáreas. No obstante, la Comisión Europea considera que las ZEPA de siete comunidades autónomas españolas, entre ellas la Comunitat Valenciana, son insuficientes para asegurar la adecuada conservación de las especies de aves antes indicadas. Esta insuficiencia motivó la presentación por la Comisión de una demanda judicial contra el Reino de España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto C-235/04), la cual dio lugar a la Sentencia de 28 de junio de 2007 .

La sentencia declara literalmente que «el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979 , relativa a la conservación de las aves silvestres, en su versión modificada; en particular, por la Directiva 97/49/CE de la Comisión, de 29 de julio de 1997, al no haber clasificado como zonas de protección especial para las aves territorios suficientes en superficie en las comunidades autónomas de Andalucía, Baleares y Canarias y territorios suficientes en número en las comunidades autónomas de Andalucía, Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia y Valencia para ofrecer una protección a todas las especies de aves enumeradas en el anexo I de esta directiva, así como a las especies migratorias no contempladas en dicho anexo».

En consecuencia, la Conselleria de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda ha elaborado una propuesta de ampliación de la red valenciana de ZEPA, justificada mediante los oportunos estudios ornitológicos, que responde adecuadamente al criterio de la Comisión Europea sobre el adecuado cumplimiento de la Directiva 79/409CEE en la Comunitat Valenciana.

La ampliación supone un incremento sustancial de la superficie total de las ZEPA, obtenido con 25 nuevas ZEPA y mediante modificaciones de distinta entidad en los límites de 16 de las 18 ZEPA existentes en el momento de entrada en vigor de este acuerdo. La red ampliada resultante queda configurada con 43 ZEPA".

2º. La Directiva de Aves. La Directiva (79/409/CEE, hoy derogada por la llamada Directiva de Habitats 2009/147/CEE; completada con la Directiva de Habitats 92/43/CEE) ha establecido una Red de ZEPAS, (que forma parte de la RED NATURA 2000), que es una figura de protección para las 175 especies de aves consideradas más amenazadas en Europa, y especialmente para las aves migratorias.

Esta red está integrada con los lugares más importantes para las aves en el avifauna europea y su conservación constituye un ineludible compromiso para todo ciudadano, hasta el punto de que el artº 4.4 impone a los estados miembros el deber de adoptar las medidas adecuadas para evitar dentro de las ZEPAS la contaminación o el deterioro de los hábitats, así como perturbaciones que afecten a las aves o que tengan un efecto significativo respecto de su biotopo. El precepto extiende esta obligación incluso fuera de las zonas de protección, requiriendo el esfuerzo de los estados. Todo ello hasta el punto de que este precepto, según el TJCE, es aplicable aun a falta de declaración expresa, con lo que, algún sector de la doctrina, ha hablado de su posible efecto directo.

3º. Los IBAS (Important Bird Area, Área Importante para las Aves. "Inventario de las Áreas Importantes para la Avifauna en la Comunidad Europea" (conocido como «IBA 89», por sus siglas en inglés). Este primer informe trae causa de un encargo de la Comisión Europea al Grupo Europeo para la Conservación de las Aves y de los Hábitats y al Consejo Internacional para la Protección de las Aves (en la actualidad, BirdLife Internacional), del año 1981, para identificar estas zonas. Su elaboración se prolongó durante casi diez años, ya que se publicó en 1989.

Los inventarios se ha actualizado con el tiempo, tanto en el plano europeo (IBA 2000) como estatal (IBA 98, en España).

Los Criterios de clasificación, son los siguientes:

A1.- Especies amenazadas a nivel mundial. (El área mantiene una población viable de al menos una especie amenazada (CR, EN, VU) a nivel global, de acuerdo con la última lista oficial global, u otras cuya conservación es de interés mundial).

A2.- Especies de distribución restringida. (Se sabe o considera que el área mantiene un componente significativo de especies de distribución restringida cuyas distribuciones reproductivas lo definen como un Área de Endemismo de Aves (EBA) o un Área Secundaria (SA) (Stattersfield et al. 1998).

A3.- Conjunto de especies restringidas a un bioma.

i). Se conoce o considera que el área contiene, en una base regular, > 1% de una población biogeográfica de una especie de ave acuática gregaria. (Esto se aplica a especies de aves acuáticas como las definen Rose y Scott (1997). Los niveles críticos se generan en algunos casos al combinar las poblaciones en ruta aérea dentro de una región biogeográfica; pero en los casos en que se carece de datos cuantitativos, los niveles críticos se establecen regional o interregionalmente, como sea más adecuado. En tales casos, los niveles críticos se tomarán como estimados del 1% de la población biogeográfica)

ii). Se conoce o considera que el área contiene, en una base regular, >_1% de la población mundial de una especie de ave marina o terrestre gregaria. (Esto incluye aquellas especies de aves marinas que no fueron abarcadas por Rose y Scott (1997). Cuando se carece de datos cuantitativos, los niveles críticos numéricos para cada especie se establecen regionalmente. En tales casos, los niveles críticos se tomarán como estimados del 1% de la población mundial.)

iii). Se conoce o considera que el área contiene, en una base regular, >_20.000 aves acuáticas o >_10.000 parejas de aves marinas de una o más especies. (Este es el criterio Ramsar para aves acuáticas, cuyo uso no se aconseja cuando existan datos suficientes para permitir el uso de los criterios (i) y (ii).)

iv). Se sabe o considera que el área excede los niveles críticos establecidos para especies migratorias en áreas donde se congregan grandes cantidades de aves migratorias (cuellos de botella/bottleneck sites). (Los niveles críticos se establecen regionalmente o interregionalmente, como sea más adecuado).

4º. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. El TJCE, se ha pronunciado en numerosas ocasiones, sobre el tema de las ZEPAS, marcando una consistente doctrina, de la que son expresión los siguientes Asuntos:

11 de julio de 1996, Asunto 44/95:

Por lo tanto, procede responder que el apartado 1 o el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva sobre las aves deben interpretarse en el sentido de que, al elegir o al delimitar una ZPE, un Estado miembro no puede tener en cuenta exigencias económicas que obedezcan a razones imperiosas de interés público de primer orden, como las contempladas en el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva sobre los habitats.

b) 19 de mayo de 1998; Asunto 3/98 (Comisión contra Holanda):

68. En este contexto, procede recordar que el IBA 89 hace un inventario de zonas de gran interés para la conservación de las aves silvestres en la Comunidad, preparado para la Dirección General competente de la Comisión por el Grupo Europeo para la Conservación de las Aves y de los Hábitats junto con el Consejo Internacional para la Protección de las Aves, en colaboración con expertos de la Comisión.

69. Ahora bien, en las circunstancias de autos resulta que el IBA 89 es el único documento que contiene elementos de prueba científicos que permiten apreciar el cumplimiento por parte del Estado miembro demandado de su obligación de clasificar como ZPE los territorios más adecuados en número y en superficie para la conservación de las especies protegidas.

Distinto sería si el Reino de los Países Bajos hubiera aportado elementos de prueba científicos destinados particularmente a demostrar que podía haber cumplido la obligación de que se trata clasificando como ZPE un número y una superficie total de territorios inferiores a los que resultan del IBA 89.

70. Por consiguiente, procede afirmar que dicho inventario de espacios protegidos, aunque no sea jurídicamente vinculante para los Estados miembros interesados, puede ser utilizado por el Tribunal de Justicia en el caso de autos, a causa de su reconocido valor científico en la materia, como base de referencia para apreciar en qué medida el Reino de los Países Bajos ha cumplido su obligación de clasificar las ZPE.

71. Por otra parte, aun suponiendo que la aplicación de los criterios ornitológicos recogidos en el IBA 89 pueda llevar a distintos operadores a elaborar clasificaciones de ZPE sensiblemente diferentes unas de otras, esta mera hipótesis, no acreditada en el presente caso, no puede, como tal, tomarse en consideración para desvirtuar el valor probatorio del IBA 89 en el caso de autos.

72. Por consiguiente, dado que consta que el Reino de los Países Bajos ha clasificado como ZPE territorios cuyo número y superficie total son manifiestamente inferiores al número y superficie total de los territorios que, según el IBA 89, reúnen las condiciones para ser clasificados como ZPE, no pueden considerarse cumplidas las exigencias del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva.

c) 20 de marzo de 2003; Asunto 378/01 (Comisión contra Italia).

En estas circunstancias, habida cuenta del carácter científico del Inventario IBA 89 y de que la República Italiana no ha presentado ninguna prueba científica, encaminada principalmente a demostrar que podían cumplirse



las obligaciones derivadas del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva clasificando como ZPE unos lugares distintos de los que figuran en el citado Inventario y que cubran una superficie total inferior a la de éstos, el mencionado inventario, sin ser jurídicamente vinculante para el Estado miembro afectado, puede ser utilizado por el Tribunal de Justicia como dato de referencia que permite apreciar si la República Italiana ha clasificado como ZPE un número y una superficie suficiente de territorios en el sentido de las disposiciones anteriormente citadas de la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartados 68 a 70).

d) 25 de octubre de 2007; Asunto 334/04; Comisión contra República Helénica.

Procede recordar que el artículo 4 de la Directiva 79/409 establece un régimen dotado de un objetivo específico y reforzado, tanto para las especies enumeradas en el anexo I de esta Directiva como para las especies migratorias no recogidas en dicho anexo, que está justificado por el hecho de que se trata, respectivamente, de las especies más amenazadas y de las especies que constituyen un patrimonio común de la Comunidad (sentencia de 13 de julio de 2006, Comisión/Portugal, 0191/05, Rec.p. I-6853, apartado 9 y jurisprudencia citada).

Además, del noveno considerando de dicha Directiva resulta que la preservación, el mantenimiento o el restablecimiento de una diversidad y de una superficie suficiente de hábitats son indispensables para la conservación de todas las especies de aves. Por consiguiente, los Estados miembros están obligados a tomar las medidas necesarias para la conservación de esas especies (sentencia de 28 de junio de 2007, Comisión/España, 0235/04, Rec.p. I-5415, apartado 23).

25. Para lograr este objetivo es necesario actualizar los datos científicos para determinar la situación de las especies más amenazadas, así como la de las especies que constituyen un patrimonio común de la Comunidad a fin de clasificar como ZEPA los territorios más apropiados. En consecuencia, procede utilizar los datos científicos más actualizados que se hallen disponibles al final del plazo establecido en el dictamen motivado (sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 24)

26. A este respecto, es preciso recordar que los inventarios nacionales, a los que pertenece el IBA 2000 elaborado por la EOE, han revisado el primer estudio paneuropeo realizado en el IBA 89 y han presentado datos científicos más precisos y actualizados.

27. Por lo que respecta al IBA 89, el Tribunal de Justicia ha declarado que, habida cuenta de su carácter científico y al no haber presentado un Estado miembro prueba científica alguna encaminada, principalmente, a demostrar que cabe cumplir las obligaciones derivadas del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 79/409 clasificando como ZEPA lugares distintos de los que figuran en el citado inventario y que cubran una superficie total inferior a la de éstos, dicho inventario, sin ser jurídicamente vinculante, podía ser utilizado por él como elemento de referencia para apreciar si un Estado miembro había clasificado como ZEPA un número y una superficie suficiente de territorios en el sentido de las disposiciones anteriormente citadas de la Directiva 79/409 (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de mayo de 1998, Comisión/Países Bajos, C-3/96, Rec. p. I-3031, apartados 68 a 70; de 20 de marzo de 2003, Comisión/Italia, 0378/01, Rec. p. I-2857, apartado 18, y Comisión/España, antes citada, apartado 26).

e) En idéntico sentido, Comisión Contra Irlanda; Asunto 418/04; Sentencia 13/12/2007.

5º. El caso de España. El Tribunal se pronuncia en el siguiente sentido:

Con carácter preliminar, procede recordar que el artículo 4 de la Directiva 79/409 establece un régimen dotado de un objetivo específico y reforzado, tanto para las especies enumeradas en el anexo I como para las especies migratorias, que está justificado por el hecho de que se trata, respectivamente, de las especies más amenazadas y de las especies que constituyen un patrimonio común de la Comunidad (sentencia de 13 de julio de 2006, Comisión/Portugal, C-191/05, Rec.p. I-6853, apartado 9 y jurisprudencia citada).

Además, del noveno considerando de esta Directiva resulta que la preservación, el mantenimiento o el restablecimiento de una diversidad y de una superficie suficiente de hábitats son indispensables para la conservación de todas las especies de aves. Por consiguiente, los Estados miembros están obligados a tomar las medidas necesarias para la conservación de dichas especies.

24. Para lograr este objetivo es necesario actualizar los datos científicos para determinar la situación de las especies más amenazadas así como la de las especies que constituyen un patrimonio común de la Comunidad a fin de clasificar como ZEPA los territorios más apropiados. En consecuencia, procede utilizar los datos científicos más actualizados que se hallen disponibles al final del plazo establecido en el dictamen motivado.



25. A este respecto, es preciso recordar que los inventarios nacionales, a los que pertenece el IBA 98 elaborado por SEO/Birdlife, han revisado el primer estudio paneuropeo realizado en el IBA 89 y han presentado datos científicos más precisos y actualizados.

26. Habida cuenta del carácter científico del IBA 89, y al no haber presentado un Estado miembro prueba científica alguna encaminada principalmente a demostrar que cabe cumplir las obligaciones derivadas del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 79/409 clasificando como ZEPA lugares distintos de los que figuran en el citado Inventario y que cubran una superficie total inferior a la de éstos, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho Inventario, sin ser jurídicamente vinculante, podía ser utilizado por él como elemento de referencia para apreciar si el Estado miembro había clasificado como ZEPA un número y una superficie suficiente de territorios en el sentido de las disposiciones anteriormente citadas de la Directiva 79/409 (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de mayo de 1998, Comisión/Países Bajos, -3/96, Rec. p. I-3031, apartados 68 a 70, y de 20 de marzo de 2003, omisión/Italia, C-378/01, Rec. p. I-2857, apartado 18).

27. Procede señalar que el IBA 98 contiene un inventario actualizado de las zonas importantes para la conservación de las aves en España que, a falta de pruebas científicas contrarias, constituye un elemento de referencia que permite apreciar si este Estado miembro ha clasificado como ZEPA territorios suficientes, en número y en superficie, para ofrecer una protección a todas las especies de aves enumeradas en el anexo I de la Directiva 79/409, así como a las especies migratorias no contempladas en dicho anexo.

28. A este respecto, es preciso observar que el IBA 98 ha sido empleado por las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia y Valencia para delimitar varias ZEPA y que, en cuanto a las Comunidades Autónomas de Aragón, Cantabria, Extremadura, Madrid, Murcia, País Vasco y la Ciudad Autónoma de Ceuta, la Comisión ha aceptado datos científicos actualizados que le han sido presentados en sustitución de los relativos a las zonas importantes para la avifauna censadas en el IBA 98.

Más adelante, vuelve a repetir:

35. A la luz de todo lo anterior, procede declarar que, al no haberse aportado estudios científicos con los que se puedan rebatir los resultados del IBA 98, este Inventario constituye la referencia más actualizada y más precisa para identificar las zonas más adecuadas, en número y en superficie, para la conservación de las aves.

Y después dice:

38. Además, consta que la Comisión firmó en 1991 un contrato con SEO/Birdlife para la realización de un estudio científico preciso que permitiera elaborar la cartografía de las zonas importantes para la conservación de las aves y en el que cada lugar debía ser descrito por sus valores ornitológicos utilizando la más completa información disponible.

39. A ello se añade el hecho de que el IBA 98 fue elaborado con la participación de varias organizaciones no gubernamentales, grupos locales de SEO/Birdlife, tres parques nacionales, seis universidades, las consejerías de medio ambiente de doce Comunidades Autónomas, la Dirección General de Conservación de la Naturaleza del Ministerio de Medio Ambiente y el organismo autónomo Parques Nacionales del mismo ministerio, lo que, a falta de pruebas científicas contrarias, constituye una serie de indicios que permiten fundamentar el valor de referencia del IBA 98.

Debe observarse, desde el punto de vista de derecho interno los elementos subjetivos, gubernamentales o no, que conforman los criterios del llamado IBA 98.

Y en lo que se refiere a la Comunidad Valenciana:

63. En la Comunidad Autónoma de Valencia, aunque se han clasificado nuevas ZEPA antes del vencimiento del plazo establecido en el dictamen motivado, todavía quedan zonas no clasificadas que, como las autoridades españolas han reconocido, forman parte de un procedimiento de ampliación de la red actual de ZEPA.

64. En estas circunstancias, procede declarar que debe estimarse el motivo basado en que las Comunidades Autónomas de Andalucía, Baleares, Canarias, Galicia y Valencia han designado como ZEPA un número insuficiente de zonas importantes para la conservación de las aves.

Termina por concluir:

Procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 79/409, al no haber clasificado como ZEPA territorios suficientes en superficie en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Baleares y Canarias y territorios suficientes en número en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia y Valencia para ofrecer una protección a todas las especies de aves enumeradas en el anexo I de esta Directiva, así como a las especies migratorias no contempladas en dicho anexo.



6º. La administración al dictar el Acuerdo que ahora se recurre, precisamente haciéndose eco de estas circunstancias y concretamente de la sentencia del TJCE, pone de manifiesto lo siguiente:

11. Justificación de la ampliación de la Red ZEPA.

Necesidad jurídica de la ampliación.

De acuerdo con los antecedentes antes indicados, la ampliación de la red valenciana de ZEP A es una obligación jurídica inexcusable para la Generalitat, derivada de la Sentencia de 28 de junio de 2007 .

Debe tenerse en cuenta que el cumplimiento inadecuado de la Sentencia daría lugar a la aplicación inmediata por la Comisión del artículo 228 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de lo cual pueden derivarse importantes perjuicios económicos para la Comunidad Valenciana:

Más adelante, la propia Consellería en la Memoria que comentamos, nos dice que:

En la práctica, el adecuado cumplimiento de la Sentencia implica corregir las insuficiencias en la actual red Valenciana de ZEPA que la Comisión Europea indica en el Dictamen Motivado de 31 de enero de 2001 , citado ene. Apartado 1º de esta Memoria. Para lo cual la red debe incrementarse substancialmente en superficie total y en número de ZEPA, conforme al criterio indicativo derivado de la RED DE IBA.

7º. Reflejo interno de la polémica.

La jurisprudencia del TS.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha establecido que la Administración competente para la declaración no tiene ningún espacio decisorio para delimitar estos espacios y que es innecesario dar audiencia a los propietarios de terrenos afectados en el procedimiento de declaración.

El TS, en la Sentencia de 20-5-08 (rec. 2719/2004), ha establecido que la Administración no tiene ningún margen para delimitar las ZEPAS. Este pronunciamiento analiza el recurso de una empresa frente a la declaración de uno de estos espacios en total sintonía con el inventario español, cuestionando, entre otros aspectos, la falta de audiencia a los interesados en el procedimiento. El TS considera que la declaración es un acto de aplicación del Derecho Comunitario que no innova el Ordenamiento jurídico ni genera nuevos derechos ni limitaciones para los afectados. Además, en lo que nos interesa ahora, entiende el Alto Tribunal que la Administración no tiene ningún espacio decisorio para delimitar geográficamente estos espacios, ya que se trata de aplicar unos criterios científicos y objetivos que fija la Directiva de aves. Veamos los contundentes términos en que se pronuncia el TS sobre la naturaleza de la declaración de las ZEPAS:

"(.) la teórica y genérica audiencia en relación con el Acuerdo impugnado -en su consideración como acto administrativo- devenía innecesaria, dado el contenido del mencionado Acuerdo, concretado a la determinación geográfica de las ZEPAS de la Región de Murcia. No se trata, en el supuesto delimitador de autos, de un Acuerdo, consecuencia de un procedimiento previamente seguido, en el que la Administración actuante, tras un proceso de análisis, estudios y valoraciones de intereses más o menos contrapuestos, se decanta por una determinada solución que plasma en una concreta delimitación geográfica; más al contrario, dicho Acuerdo no es -exclusivamente- sino el resultado de la aplicación de unos determinados criterios objetivos, de carácter científico, establecidos en la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979 , relativa a la conservación de las aves silvestres, que no pueden ser alterados como consecuencia de determinadas alegaciones de interesados (...). En consecuencia, la ausencia de autonomía del Gobierno autonómico de Murcia para la aplicación de la expresada Directiva y de sus criterios delimitadores es evidente, tratándose, mas bien, del cumplimiento de una obligación derivada de una norma comunitaria, y cuyo inicial incumplimiento había dado lugar a un recurso jurisdiccional (de conformidad con el artículo 226 TUE) contra el Reino de España, en sede del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "al no haber clasificado como zonas de protección especial para las aves en la Comunidad de Murcia aquellas que la evidencia científica identifica como los territorios más adecuados para la conservación de las especies protegidas".

Nuestras conclusiones:

- 1) Los IBAS constituyen elementos esenciales, con valor científico suficiente y determinante para señalar aquellos territorios que deben ser calificados como ZEPAS, en cumplimiento de las directivas comunitarias.
- 2) Para la determinación geográfica de las ZEPAS, solo pueden utilizarse criterios ornitológicos y biotópicos, relacionados con el hábitat de las especies que se pretenden proteger, sin que para su delimitación puedan involucrarse aspectos económicos.
- 3) Los inventarios gozan de presunción de certeza sobre el número de zonas que merecen esta calificación y la superficie afectada, lo que supone el desplazamiento de la carga de la prueba, de forma tal que la



administración cumple con ajustarse a las determinaciones del IBA, mientras que, los que intenten oponerse, deben acreditar la inconsistencia científica de esa determinación.

4). Esto nos indica que, los IBAS, pueden quedar desvirtuados mediante adecuados estudios que impliquen evidencias científicas de su inexactitud.

5). Estas pruebas, que demuestren la evidencia científica de la inexactitud del IBA, como se deduce de la jurisprudencia que hemos examinado, son las relativas a un estudio sobre el hábitat de las especies a proteger; los parámetros ornitológicos y ecológicos de los nichos protegibles; la determinación de las poblaciones, sus necesidades, su extensión; las perturbaciones que le afectan; el seguimiento que se hubiere realizado así como, los datos acumulados para la emisión de conclusiones.

Evidentemente, la práctica de una observación, materializada en un determinado día, tiene el valor de una observación, pero no una consistencia tal que, sea neutralizar estudios científicos desarrollados a lo largo de más de 20 años.

6). Finalmente puede ocurrir, entre otros, en relación con los diversos recursos que se articulan, los tres supuestos siguientes:

a). Que exista plena coincidencia entre el área señalada como ZEPA y la correspondiente área clasificada como IBA; en tales casos la administración, que según hemos visto dice cumplir la sentencia, no tiene necesidad de mayor justificación, toda vez que por una parte se le impone el criterio en virtud de una sentencia que dice cumplir y por otra, ese criterio, está suficientemente testado científicamente.

Dada la diferencia cronológica entre los estudios de IBA y la última determinación de las áreas ZEPA, que es la que aquí se recurre, podrían existir desviaciones no significativas que deberán en cada caso ser evaluadas.

b). No existir plena coincidencia entre las dos áreas, porque la administración, haya señalado como ZEPA una superficie MAYOR que la señalada como IBA en un área determinada. Incluso podría ocurrir que, la administración haya señalado como ZEPA, un área que no tenga la consideración de IBA.

Esta actividad de la administración, es perfectamente posible por el principio de mayor protección medioambiental, pero la administración, deberá motivar adecuadamente esa mayor protección que dispensa.

En caso de ser impugnado el exceso, el resultado dependerá de la valoración de la prueba que se practique, en función de los principios de la carga de la prueba.

c). No existir plena coincidencia entre las dos áreas, porque la administración, haya señalado como ZEPA una superficie menor que la señalada como IBA en un área determinada.

En principio, sólo es posible excepcionalmente, y podría ser aceptable esta posición de la administración si, existieren muy consistentes razones que así lo aconsejaren y desde luego exigiría una clara y explícita motivación en el acto que se impugna o en sus instrumentos de justificación, como la Memoria.

TERCERO.- Ha de advertirse, primeramente, que esta Sala y Sección ha conocido ya en otros recursos contencioso-administrativos sobre el acuerdo de 5 de junio de 2.009 del Consell impugnado en la presente litis y, más específicamente, sobre la ZEPA nº 43 denominada "Sierra Escalona Dehesa de Campoamor", habiéndose pronunciado en sentido desestimatorio sobre la mayoría de las cuestiones que se suscitan por la demandante en el recurso de autos en términos muy similares a lo resuelto por la Sala.

Alega la actora, en lo sustancial, los siguientes motivos de nulidad y, subsidiariamente, de anulación del precitado acuerdo del Consell de 5 de junio de 2.009:

-la delimitación de la ZEPA concernida no responde a criterios ornitológicos, habiéndose excluido de su ámbito terrenos de términos municipales vecinos al de San Miguel de Salinas ocupados por vegetación favorable para el desarrollo de las especies de aves catalogadas, y habiéndose incluido, por el contrario, zonas sin valor efectivo para esas especies que se encuentran dentro del ámbito territorial de aquel municipio, echándose de menos en el informe técnico sobre la propuesta ampliación de la Red de ZEPAs obrante en el expediente administrativo, realizado por el Servicio de Biodiversidad de la Conselleria de Medio Ambiente, una referencia a la metodología utilizada para realizar el estudio de la avifauna de la zona, siendo además, un informe carente de rigor que es generalista, indeterminado y abstracto, y no justifica suficientemente que la ampliación del ámbito de la ZEPA preexistente responda a los criterios de los datos proporcionados por SEO/Bird Life. Para avalar sus alegaciones, la actora propuso prueba pericial, que fue admitida por la Sala, practicándose por el perito de designación judicial D. Guillermo , biólogo.

-la delimitación de la ZEPA en cuestión debería haberse ceñido a la delimitación del suelo no urbanizable de especial protección así clasificado y calificado en el PGOU del municipio de San Miguel de Salinas, cuya



aprobación requirió la previa declaración de impacto ambiental. En ese plan general, con las determinaciones de la DIA, las fincas de la mercantil demandante, sitas en dicho término municipal, fueron calificadas como suelo no urbanizable común. Además, el ámbito de la ZEPA no es tampoco coincidente que su ámbito con el PORN de Sierra Escalona y Dehesa de Campoamor.

-la DIA favorable emitida con ocasión de la tramitación y aprobación del referido PGOU de San Miguel de Salinas incluía determinaciones sobre la fauna existente de un modo extraordinariamente preciso por la especialización de dicho estudio y, sin embargo, dichas determinaciones medioambientales de la DIA han sido obviadas por el acuerdo de ampliación de la Red de ZEPAs, cuando debieron haber servido para delimitar en ese término municipal el ámbito de la ZEPA, habiendo incurrido con ello la Administración autonómica, por tanto, en la vulneración de sus propios actos.

-y por último, alega la demandante que no se cumplimentó debidamente por la Administración el trámite de audiencia a los Ayuntamientos afectados territorialmente; en este sentido, la recurrente hace expresa mención a que las alegaciones y observaciones presentadas durante el procedimiento de información pública por el Ayuntamiento de San Miguel de Salinas fueron recibidas por la Administración autonómica con posterioridad al dictado del acuerdo de 5 de junio de 2.009 del Consell de ampliación de la Red de ZEPAs.

Se opone la Administración demandada a las pretensiones y motivos de impugnación ejercitados por la demandante y aduce, en síntesis, que el acuerdo autonómico impugnado es conforme a derecho. Con su escrito de contestación a la demanda, la demandada aporta informe de mayo de 2009 sobre criterios ornitológicos de valoración de la propuesta de ampliación de la Red de ZEPAs, elaborado conjuntamente por el Servicio de Biodiversidad y por el Servicio de Ordenación Sostenible del Medio, de la Conselleria de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda.

CUARTO.- Planteado el recurso por la demandante en los términos expuestos, procede su rechazo por las siguientes razones:

1ª. Porque, frente a lo alegado por la actora, el acuerdo impugnado -aparte de tener una motivación legal y judicial representadas por la citada Directiva 79/409/CEE relativa a la Conservación de Aves Silvestres (sustituida por la Directiva 2009/147/CE de 30 de noviembre de 2009 que recoge, sin alteración sustancial de su artículo 4, la versión codificada y por la también mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de junio de 2.007 (Asunto C-235/04) - tiene una justificación técnica que permite afirmar que la delimitación de la ZEPA se ha efectuado en base a criterios ornitológicos. Y así deben considerarse, como alega el Abogado de la Generalidad, los siguientes informes:

a) El informe técnico sobre la propuesta de ampliación de la red de Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) de la Comunidad Valenciana de diciembre de 2.007 elaborado conjuntamente por el Servicio de Biodiversidad y por el Servicio de Ordenación Ostensible del Medio, de la Conselleria de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda que forma parte de la Memoria del Proyecto (Anexo 2) y que fue sometido a información pública.

b) El Anexo III de la referida Memoria y, en particular, la ficha descriptiva de la ZEPA Sierra de Escalona y Dehesa de Campoamor.

c) El informe técnico emitido por el Servicio de Ordenación Sostenible del Medio de mayo de 2009 -acompañado como documentos número 1 del escrito de contestación a la demanda- que justifica la delimitación de la ZEPA en concordancia con lo que constaba en el Banco de Datos de Biodiversidad y en los programas de seguimiento de las Aves realizados en dicha zona, y aclarando los criterios ornitológicos utilizados; informe que analiza las áreas de campeo, de invernada, de alimentación y parejas nidificantes en las especies ornitológicamente más importantes en dicha zona.

2ª. Porque la citada justificación técnica no puede entenderse desvirtuada por el dictamen pericial elaborado, a instancia de la parte actora, por el perito de designación judicial D. Guillermo, biólogo, puesto que no está fundamentado en ningún tipo de metodología contrastable, sino que, como el perito reconoce en su dictamen, se ha limitado a reunir diversa documentación sobre el procedimiento, demanda, contestación, informes previos, memorias adjuntas etc., realizando posteriormente una sola visita de campo a la zona afectada y sus alrededores. Por consiguiente, el aludido dictamen pericial carece de trabajo de campo, limitándose a cuestionar los estudios y métodos empleados por la Administración. Por otra parte, el propio perito admite en su dictamen que la delimitación actual de la ZEPA número 43 es adecuada para la conservación de la avifauna, y aunque añade a continuación que tiene un exceso de superficie porque incluye una extensión al norte de la ZEPA, en el municipio de San Miguel de Salinas, que es innecesario proteger porque no va a ser utilizada por las aves, esta última argumentación ha de rechazarse, debiendo prevalecer, por las razones expuestas supra,

la delimitación de la ZEPA acordada por la Administración autonómica y la inclusión de esa zona norte en la misma.

QUINTO.- Aduce la demandante, de otro lado, que la Administración demandada ha vulnerado los criterios de delimitación de las ZEPAS ya que no coincide íntegramente la cuestionada con los terrenos que se consideraron de valor ornitológico susceptible de protección cuando se aprobó la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental con ocasión de la aprobación del PGOU de San Miguel de Salinas, no siendo tampoco coincidente su ámbito con el PORN de Sierra Escalona y Dehesa de Campoamor.

También este motivo ha de ser desestimado, por cuanto:

1º. Con relación a la DIA aprobada con ocasión del PGOU de aquel municipio, ha de tenerse presente que esa DIA favorable fue emitida en relación a la tramitación de dicho instrumento de planeamiento y suponía exclusivamente su valoración medioambiental, siendo por ello su objeto distinto de la delimitación de la ZEPA que se efectúa exclusivamente con base a criterios ornitológicos y sin considerar criterios urbanísticos.

2º, Respecto del PORN de la Sierra Escalona y Dehesa de Campoamor, también en este caso su objeto y finalidad son distintos como se desprende de lo establecido en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad pues ésta:

A. En lo que afecta a los PORN, los define en su artículo 16.1 como "instrumento específico para la delimitación, tipificación, integración en red y determinación de su relación con el resto del territorio, de los sistemas que integran el patrimonio y los recursos naturales de un determinado ámbito espacial, con independencia de otros instrumentos que pueda establecer la legislación autonómica"; y fija en su artículo 17 como sus objetivos los siguientes:

a. Identificar y geo-referenciar los espacios y los elementos significativos del Patrimonio Natural de un territorio y, en particular, los incluidos en el Inventario del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, los valores que los caracterizan y su integración y relación con el resto del territorio.

b. Definir y señalar el estado de conservación de los componentes del patrimonio natural, biodiversidad y geodiversidad y de los procesos ecológicos y geológicos en el ámbito territorial de que se trate.

c. Identificar la capacidad e intensidad de uso del patrimonio natural y la biodiversidad y geodiversidad y determinar las alternativas de gestión y las limitaciones que deban establecerse a la vista de su estado de conservación.

d. Formular los criterios orientadores de las políticas sectoriales y ordenadores de las actividades económicas y sociales, públicas y privadas, para que sean compatibles con las exigencias contenidas en la presente ley.

e. Señalar los regímenes de protección que procedan para los diferentes espacios, ecosistemas y recursos naturales presentes en su ámbito territorial de aplicación, al objeto de mantener, mejorar o restaurar los ecosistemas, su funcionalidad y conectividad.

f. Prever y promover la aplicación de medidas de conservación y restauración de los recursos naturales y los componentes de la biodiversidad y geodiversidad que lo precisen.

g. Contribuir al establecimiento y la consolidación de redes ecológicas compuestas por espacios de alto valor natural, que permitan los movimientos y la dispersión de las poblaciones de especies de la flora y de la fauna y el mantenimiento de los flujos que garanticen la funcionalidad de los ecosistemas.

B. En lo referente a las ZEPAS, la Ley 42/2007 las integra dentro de la Red Natura 2000 que define dicha Ley 42/2007 en su artículo 41.1 como "una red ecológica coherente compuesta por los Lugares de Importancia Comunitaria, hasta su transformación en Zonas Especiales de Conservación, dichas Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves, cuya gestión tendrá en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales, así como las particularidades regionales y locales" y las define y delimita su objeto en su artículo 43 cuando establece que "los espacios del territorio nacional y de las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, más adecuados en número y en superficie para la conservación de las especies de aves incluidas en el anexo IV de esta Ley y para las aves migratorias de presencia regular en España, serán declaradas como Zonas de Especial Protección para las Aves, estableciéndose en ellas medidas para evitar las perturbaciones y de conservación especiales en cuanto a su hábitat, para garantizar su supervivencia y reproducción. Para el caso de las especies de carácter migratorio que lleguen regularmente a territorio español, se tendrán en cuenta las necesidades de protección de sus áreas de reproducción, alimentación, muda, invernada y zonas de descanso, atribuyendo particular importancia a las zonas húmedas y muy especialmente a las de importancia internacional".



No concurre, a tenor de lo expresado, la vulneración por la Administración autonómica del principio de los actos propios invocado por la demandante.

SEXTO.- En cuanto a la motivación del acto impugnado, en la medida en que la Administración transforma IBA en ZEPA, esto es, considera como ZEPA todo el territorio que tiene la consideración de IBA, la actividad de la Administración está suficientemente motivada, pues actúa en cumplimiento y conminada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de junio de 2007 que le vincula.

Ciertamente, en la ZEPA ahora concernida la Administración ha considerado que debía delimitar una superficie mayor, por lo que en este aspecto la ZEPA no coincide con el área IBA, pues existe en aquella un ámbito más amplio que el contemplado en la IBA, si bien esta circunstancia quedado justificado por la Administración, según ha sido ya señalado supra.

La justificación técnica de la ampliación de la ZEPA respecto al IBA se encuentra en los informes sobre los criterios ornitológicos de valoración de la propuesta de ampliación de la red de Zonas de Especial Protección para las Aves de la Comunidad Valenciana de diciembre de 2007 y mayo de 2009 precitados, el primero obrante en el expediente administrativo, y el segundo aportado a autos por la Administración con su escrito de contestación a la demanda, informes en los que se señala que la ZEPA es una las principales áreas de concentración invernal, paso migratorio, reproductor y dispersión de aves rapaces, y que alberga gran número de poblaciones de aves rapaces, exponiendo que la Conselleria de Medio Ambiente que dispone de información ornitológica más extensa, actual y rigurosa que la recopilada por SEO/Bird Life en relación con la red IBA, al realizar censos periódicos de las especies, relatando el informe que la IBA no está actualizado, que se ha realizado con escalas geográficas amplias, y que las superficies de las IBA publicados no coinciden con la cartografía digital y no diferencia los límites administrativos de las CCAA.

Por lo expuesto ha de concluirse concluir que la Administración ha justificado que existen valores dignos de protección respecto de la ZEPA ahora controvertida, sin que, por el contrario, la actora haya desvirtuado mediante la prueba pericial practicada a su instancia, tal como ha sido ya dicho, la delimitación de la ZEPA acordada por la Administración autonómica.

SÉPTIMO.- Ha de ser rechazada, por último, la alegación de la demandante acerca de que la Administración no cumplimentó debidamente el trámite de audiencia a los Ayuntamientos afectados. La demandante carece de legitimación para impugnar un acto administrativo por defectos formales con base en que ha causado indefensión a un tercero, según tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia. A tenor del art. 63.2 de la Ley 30/1992, los defectos de forma sólo causan la anulabilidad cuando se impida que el acto alcance su fin o se produzca indefensión, no siendo admisible, tal como pone de manifiesto la doctrina jurisprudencial, que se alegue un vicio formal que pueda causar indefensión a un tercero pero no a quien lo alega (SSTS 3ª, Sección 3ª, de 22 de enero de 2008 -recurso de casación número 10867/2004, y Sección 5ª, de 4 de abril de 2012 -recurso de casación número 10867/2004, entre otras)-.

Se da la circunstancia, además, de que en el caso concreto del Ayuntamiento de San Miguel de Salinas, aludido por la actora en su escrito de demanda, ese Ayuntamiento interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de 5 de junio de 2009 del Consell, de ampliación de la Red de Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) de la Comunidad Valenciana, que se siguió ante esta Sala y Sección bajo el número 306/2009, no habiendo aducido dicho recurrente el vicio procedimental invocado en esta litis por la parte actora.

Procede, de conformidad con todo lo fundamentado, la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

OCTAVO.- En virtud de lo dispuesto en el art. 139 de la Ley 29/1998 en su redacción aplicable al presente supuesto, no procede hacer expresa imposición de costas procesales.

Vistos los preceptos legales antecitados, concordantes y demás de general aplicación,

.

· FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo número 20/2010, deducido por Residencial Mira Llevant S.L. frente al acuerdo del Consell de la Generalitat Valenciana de 6 de noviembre de 2009, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por aquella mercantil contra el acuerdo de 5 de junio de 2009 del Consell, de ampliación de la Red de Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) de la Comunidad Valenciana (DOGV número 6031, de 9 de junio de 2009).

2.- No hacer expresa imposición de costas procesales.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia publica esta Sala, de la que como Secretaria de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ