



Roj: **STSJ NA 760/2015 - ECLI: ES:TSJNA:2015:760**

Id Cendoj: **31201330012015100280**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2015**

Nº de Recurso: **147/2011**

Nº de Resolución: **266/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANTONIO RUBIO PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ NA 760/2015,**
STS 1287/2017

SENTENCIA Nº 000266/2015

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE,

D. FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA

MAGISTRADOS,

D. ANTONIO RUBIO PÉREZ

Dª Mª JESÚS AZCONA LABIANO

En Pamplona/Iruña, a ocho de octubre de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, ha visto los presentes autos correspondientes a los **recursos contencioso-administrativos acumulados nº 147/2011 y 148/2011** interpuestos contra la Resolución 1869/2010, de 26 de noviembre del Director General de Medio Ambiente y Agua por la que se formula Declaración de Impacto Ambiental (DIA), y contra Acuerdo del Gobierno de Navarra de 13 de diciembre de 2010 por el que se aprueba el Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal (PSIS) para la implantación y puesta en explotación de una cantera de magnesitas en el monte Legua Acotada (Erro-Zilbeti) en el Valle de Erro, publicado en el Boletín Oficial del Navarra (BON) nº 1, de 3 de enero de 2011, ambos; y contra Acuerdos del Gobierno de Navarra de 17 de enero de 2011 de inadmisión de un incidente de recusación y de 7 de febrero de 2011 sobre declaración de utilidad pública del proyecto, el primero. Siendo partes, como **demandantes, Dª Milagros , Dª María Angeles , Dª Custodia , Dª Macarena , D. Anselmo y la asociación legal denominada "COORDINADORA MONTE ALDUIDE** , representados por el Procurador D. Ángel Echauri Ozcoidi y dirigidos por el Letrado D. Jose Luis Beaumont Aristu y, la Sociedad Mercantil "SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ORNITOLOGÍA", representada por la Procuradora Dª Leyre Ortega Abaurrea y dirigida por la Letrada Dª Mª Soledad Gallego; como **demandado el GOBIERNO DE NAVARRA**, representado y defendido por su Asesoría Jurídica y como **codemandados , MAGNESITAS NAVARRAS S.A.** representada por el Procurador D. Javier Castillo Torres y dirigido por el Letrado D. Juan Torres Zalba; **el AYUNTAMIENTO DEL VALLE DE ERRO** , representado por la Procuradora Dª. Mª Asuncion Martinez Chueca y dirigido por el Letrado D. Héctor M. Nagore Sorabilla; **el CONCEJO DE EUGUI** , representado por el Procurador D. Joaquín Taberna Carvajal, dirigido por el Letrado D. José Iruretagoyena Aldaz; **la COMUNIDAD DE LOS CONCEJOS DE ERRO Y ZILBETI** representada por la Procuradora Dª. Mª Teresa Igea Larrayoz y dirigida por la Letrada Dª. Cristina Montes Chivite; y **el CONCEJO DE ZILBETI** , representado por la Procuradora Dª. Ana Gurbindo Gortari y dirigido por el Letrado D. Martin Zudaire Polo.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuestos y admitidos los recursos referidos y acordada su acumulación por auto de 30 de junio de 2011, por escritos presentados el 25 y el 29 de febrero de 2012 formalizaron su demanda los demandantes (según el orden antes repuesto).

SEGUNDO .- Por escritos presentados el 10 de abril y el 16, el 18, el 21, el 22, y el 23 de mayo, se opusieron a la misma el demandado y los demandados Magnesitas de Navarra, Concejo de Eugi, Ayuntamiento del Valle de Erro, Concejo de Zilbeti y Concejo de Erro y Zilbeti, respectivamente.

TERCERO .- Solicitado el recibimiento a prueba, se practicó con el resultado que en autos consta, la propuesta y admitida y, evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo que ha tenido lugar el pasado día 29 de septiembre, siendo ponente el lltmo. Sr. Magistrado **D. ANTONIO RUBIO PÉREZ** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Observación previa:

Hallándonos en presencia de dos recursos con sus correspondientes demandas, parece aconsejable desglosar la fundamentación de la sentencia en dos grandes apartados que respondan a cada una de ellas, comenzando por la correspondiente al recurso más antiguo (147/2011) y terminando con la del más moderno (148/2011). En el desarrollo de la respuesta abordaremos puntualmente cada uno de los motivos alegados si bien, dada la manifiesta y sustancial coincidencia de ambas demandas en bastantes (casi todos) los motivos, nos remitiremos, cuando así proceda, a lo ya dicho en contestación a la primera cuando tratemos de la segunda.

A.- Demanda correspondiente al Recurso nº 147/2011 promovido por Asociación Legal "COORDINADORA MONTE ALDUIDE" y CINCO MAS.

A - PRIMERO .- Sobre la recusación de determinadas autoridades y funcionarios del Gobierno de Navarra en razón de la predeterminación y consiguiente desviación de poder con que se adoptaron los acuerdos impugnados.

Cómo primer motivo de nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad de los actos impugnados (Resolución 1869/2010, de 26 de noviembre, del Director General de Medio Ambiente y Agua del Gobierno de Navarra por la que se formuló la declaración de impacto ambiental (DIA) Acuerdo del Gobierno de 13 de diciembre de 2010 por el que se aprobó el PSIS, de 7 de febrero de 2011 sobre compatibilidad de la utilidad pública del PSIS con la del monte afectado, y 17 de enero de 2011 de inadmisión de la recusación a que acabamos de referirnos) alega la demandante que la Administración actuante debió admitir (y estimar) la recusación por ella formulada en su día contra los integrantes del Gobierno de Navarra, con especial significación de su Presidente y Vicepresidente y Consejero de Economía y Hacienda, consejeros de Obras Públicas y de Desarrollo Rural y consejero de Innovación, Empresas y Empleo, así como de los respectivos Directores Generales de las citadas consejerías y del personal adscrito a las mismas.

Entendemos que el motivo por la que estas autoridades y funcionarios incurrieron en causa de recusación es haber actuado predeterminadamente y con desviación de poder en la tramitación del expediente correspondiente al PSIS toda vez que con anterioridad a su iniciación, el 23 de abril de 2010, el Gobierno de Navarra suscribió con la codemandada Magnesitas de Navarra, SA, promotora del proyecto, y los concejos interesados, un convenio de cooperación para la implantación de la cantera litigiosa en términos que recogían "el compromiso de todas las partes porque la cantera de Antzeri sea viable" y establecer "el marco de cooperación entre todas las partes para facilitar la implantación de la nueva cantera".

Sobre este incidente recusatorio discurre lo más extenso del motivo. Sin embargo es claro que, como de su epigrafiado (que no coincide con el nuestro) se desprende, lo relevante del mismo no es tanto la eventualidad de que los nombrados hayan realmente incurrido en causa de recusación -causa que la demanda no concreta de entre las tasadas en el art. 28, Ley 30/1992 - sino que el compromiso en cuestión acredite una determinada voluntad en la resolución del expediente y esta una actuación incordinable en la desviación de poder, que es por sí sola causa bastante para la nulidad ex. art. 70 LJ .

Esto es, por tanto, la cuestión. Y nada hay en lo expuesto que permita apreciar esa desviación de poder siempre precisada de prueba siquiera indirecta o presuntiva. Es perfectamente compatible y hasta propio de la acción de gobierno que la Administración coordine con los promotores los proyectos de interés general, como es sin duda (en principio) el que nos ocupa; y aun se interese en el buen fin de los mismos siempre que se haga, claro es, con sujeción a la legalidad, que es, justamente, lo que a continuación procede analizar aunque pueda ya afirmarse que, a tenor de la letra del compromiso, tal era el propósito del demandado al firmarlo.



Por lo tanto y en definitiva, ha de concluirse que no existe causa de recusación por lo que el acuerdo de 17 de enero de 2011 debe ser confirmado. Y no existe tampoco desviación de poder pues no se acredita que el compromiso de referencia haya predeterminado el resultado de la intervención de la Administración foral en la aprobación del PSIS. Todo ello pese a que, ciertamente, algunos hechos que la Coordinadora demandante pone de relieve al respecto puedan apuntar a una voluntad de la Administración a priori favorable al proyecto, lo que por sí solo, insistimos, no vicia al mismo.

A - SEGUNDO.- Sobre la ausencia en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del preceptivo estudio de alternativas.

Resumidamente, la tesis que sustenta este motivo es la de que, a tenor de la normativa que se cita (Directiva 92/43/CEE, RD 1997/1995, RDLeg.1/2008, Directiva 85/337/CEE, RD 1131/1988 y Ley Foral 4/2005) la actividad de cantera está sujeta a la evaluación de impacto ambiental mediante el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y la obligada Declaración de Impacto Ambiental (DIA) que culmina en este aspecto el procedimiento. También conforme a la normativa jurisprudencial del T.J.U.E. y doctrina científica que se cita, ese EIA debe contener un estudio de alternativas como parte esencial y transcendental del mismo (en tal sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se relaciona). Dado que el que los actos recurridos aprueban no contiene el meritado estudio de alternativas, ha resultado infringida la antes detallada normativa que impone su preceptividad.

No se discute la premisa mayor ni la consecuencia de este silogismo: el estudio de alternativas es, en efecto, obligatorio y esencial en cuanto que el promotor debe ofrecer un resumen de las principales alternativas estudiadas e indicación de las principales razones de la elección, (art. 5-3 y Anexo IV Directiva 85/337/CEE y 7 del R.D.Leg.1/2008) de manera que su ausencia puede determinar la invalidez del proyecto y la correlativa nulidad del acto que lo aprueba. Lo que, sin embargo, sí es discutible, al punto de no poder aceptarse, es la premisa menor en cuanto que la valoración de alternativas viene recogida en el apartado 2 de la Memoria del EIA presentado por el promotor. La Declaración de Impacto Ambiental se refiere al mismo constatando su existencia y contenido que se refiere a las alternativas de ubicación de accesos y de sistemas o métodos de explotación, todo ello desarrollado y según lo exigido en el informe del Servicio de Calidad Ambiental de 26-1-2009 al que la propia demanda se refiere en su "hecho 6º".

Claro que la demanda va más allá y además de la mera inexistencia -difícil de sostener, insistimos- defiende la insuficiencia del estudio por falta de evaluación de una o varias alternativas "sin duda" existentes, limitándose a plantear como único "emplazamiento posible y viable" el elegido. En nuestra opinión no hay tal. Con independencia de que el estudio no haga referencia alguna a un yacimiento que se dice existente en Soria y titularidad de MAGNA, sí que se hace a los existentes en la Comunidad Foral con explicación razonable del porqué se excluyen. A la luz de la normativa de aplicación, en concreto, art. 5.3 Dir. 85/337/CEE, no parece exigible que el ámbito territorial de emplazamiento de posibles alternativas sea ilimitado por lo que no deben entrar en consideración canteras que por su ubicación respecto a la fábrica sean incomparables con otras, como sucedería con la de Borobia (Soria) respecto de las otras sí ponderadas que se sitúan mucho más próximas. Por otro lado, MAGNA ha explicado que el producto de la cantera de Borobia no es el mismo que el de la litigiosa (magnesita cáustica en aquella, refractaria en ésta).

El motivo debe desestimarse.

A - TERCERO. - La evaluación de impacto ambiental de la cantera debió realizarse conjuntamente con el de la actividad de fabricación de magnesita en la fábrica de Zubiri y la de las actividades extractivas para la obtención de la materia prima necesaria para la fabricación de óxido de magnesio. No habiéndose hecho así, se vulneran los arts. 4.2 (anexo II), 5 (anexo IV) y 6.2 de la Directiva 85/337/CEE (en la redacción dada por la Directiva 97/11/CEE), 2º.1.13 del RD Legislativo 1/2008 y 7 y 8 del RD 1131/1988 (los mismo que en el motivo precedente).

Tal es el postulado que se defiende en el fundamento que nos ocupa en razón, insistentemente expuesta, de existir entre cantera y la fábrica de magnesita una vinculación e interdependencia técnica y material que hace que ambas actividades están indefectiblemente ligadas, siendo esta relación un hecho notorio y, además, admitido por la promotora de la actividad, y siendo así que ambas actividades (extracción y fabricación) están precisadas de la evaluación ambiental De todo ello se deriva que, como queda señalado, "una adecuada" (las comillas son de la demanda) evaluación sólo puede y debe venir referida al proyecto en su conjunto, pues lo contrario hurtaría al proceso evaluatorio información esencial. Y no es obstáculo a tal postulado el que la fábrica de Zubiri disponga de Autorización Ambiental Integrada otorgada en su día por el Gobierno de Navarra; menos si tal Autorización es, como es, ilegal.

En la respuesta a tal motivo no podemos sino hacer nuestras las razones opuestas por el Gobierno de Navarra que encontramos bastantes para rechazarlo. En primer lugar, la interdependencia, aunque real en el caso en



cuanto que la actividad extractiva se proyecta para satisfacer necesidades de la fabril, no comporta ninguna conexión medioambiental dado que son distintos y distantes el emplazamiento de una y otra. Llevado al extremo, lo pretendido por la actora podría comportar el absurdo de someter a nueva evaluación la fabricación si se pretendiese la extracción del mineral a cualquier otra distancia, sin perjuicio de la eficiencia.

Por otra parte, es claro que no se infringe (por este motivo) el art. 6.3 de la Directiva 92/43/CE que la demanda invoca como fundamento de su tesis, que al referirse a la necesidad de evaluación conjunta ha de entenderse que se refiere a los planes o proyectos que, sin tener relación directa con un determinado lugar (en este caso, el de emplazamiento de la fábrica), afecten al mismo de alguna manera, afección que no se produce en el caso en el que resulta evidente -o al menos no se explica lo contrario- que lo que se haga en el Valle de Erro no va a afectar a Zubiri sino es en cuanto permite la continuidad de la actividad fabril, actividad ya licenciada (aunque inoportunamente se cuestione la legalidad) y que es posible con material extraído del Valle de Erro o de cualquier otro lugar.

Finalmente, la sentencia de esta Sala 135/2011, de 12 de marzo rechazó pretensión similar a la que nos ocupa por razón del distinto emplazamiento de las dos actividades conexas.

A - CUARTO.- Como acredita el informe pericial de 20-1-2012 que se acompaña, el paraje de Antzeri (sito en la ZEC monte Alduide) debió haber sido declarado Zona de Especial Protección para las Aves (ZEPA) a la que es de aplicación la Directiva 79/409/CEE, relativa a la conservación de las aves silvestres, y en concreto su art. 4.4 y Anexo I que ha resultado infringido al autorizarse un proyecto con significativos efectos de contaminación y deterioro del hábitat de dichas aves, especialmente el Pico Dorsiblanco y el Pico Negro, el Quebrantahuesos y otras especies migratorias, que en el Plan de Gestión de la ZEC son considerados elementos clave de éste y cuya existencia en Antzeri se constata en el EIA y en los informes de la Administración previos a la DIA que, no obstante, carece de una evaluación técnica sobre la afección, afecciones que sí son recogidas en los informes de 6-9-2010 y 29-9-2010 en la Sección de Hábitats y 12-8-2010 y 28-10-2010 de GAVRN (Gestión Ambiental Viveros y Repoblaciones de Navarra). Según el TJUE, la inexistencia de declaración ZEPA no obsta a la aplicación de la normativa que a la misma resulta aplicable en los lugares que debieron haberlo sido, como tiene también asumido el Tribunal Supremo.

Este planteamiento de la demanda que nos ocupa no puede acogerse. Independientemente de que el informe pericial citado se considere o no acreditativo de la procedencia de clasificar el paraje Antzeri como ZEPA estando ya declarado como ZEC y por tanto sujeto a un régimen de protección especial, lo determinante es que este régimen constituido por la Directiva 92/43/CEE (llamada de "habitats") desplaza la aplicación del establecido en el art. 4 de la Directiva 79/409/CEE (llamada de "aves") al disponer el art. 7 de la primera que " las obligaciones impuestas en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del art. 6 de la presente Directiva sustituirán a cualesquiera obligaciones derivadas de la primera frase del apartado 4 del art. 4 de la Directiva 79/409/CEE en lo que se refiere a las zonas clasificadas con arreglo al apartado 1 del art. 4..."

El apar. 4, art. 4 citado dice que "los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para evitar dentro de las zonas de protección mencionadas en los apartados 1 y 2 la contaminación o el deterioro de los hábitats así como las perturbaciones que afecten a las aves,...."

Ha de entenderse, en consecuencia, que, sea más o menos estricto, el régimen de protección establecido, respecto a la protección de las aves, en la Directiva 92/43 prevalece sobre el establecido en la 79/409 por lo que la cuestión ha de referirse a si se ha respetado o no el de la Primera. Eso es justamente lo que se viene a negar en los motivos siguientes de la demanda que nos ocupa y que a continuación analizamos.

A - QUINTO .- Según su epígrafiado (parcial y literalmente reproducido) "los actos impugnados... en cuanto que autorizaron una cantera, respecto de la que solo se puede predicar un interés meramente económico, que se ubica dentro de la ZEC Monte Alduide, cuya explotación causará perjuicios a la integridad del espacio afectado, que alberga hábitats naturales de interés comunitario y especies de aves en peligro de extinción, afectando además a los hábitats de estas especies prioritarias y a las propias especies en peligro de extinción" infringen: la Directiva 92/43/CEE, arts. 6.2 , 3 y 4; Real Decreto 1997/1995 , arts. 6.2 , 3 y 4; Ley 42/1997 , arts. 45.4.5.6 y 7.

Tal es la formulación del fundamento 5º de la demanda que en su desarrollo recoge, como hechos, sintéticamente expuestos, que:

1.- La cantera se ubica en la ZEC "Monte Alduide".

2.- Los objetivos de dicha ZEC, distinguiendo entre los generales de conservación de sus elementos claves (habitats y fauna), y los específicos y señalando que según el Plan de Gestión no se contemplan en la zona otras actividades o aprovechamientos distintos a los tradicionales.



- 3.- El EIA reconoce que los impactos sobre la vegetación, flora y uso forestal del suelo serán severos; sobre la fauna y el paisaje, moderado (la demanda se muestra disconforme con esta última clasificación)
- 4.- La DIA carece de una evaluación técnica de las afecciones a su integridad, objetivos de conservación y fauna (singularmente aves), y fue dictada en contra de los informes técnicos que la precedieron.
- 5.- El proyecto afecta a hábitats de interés comunitario y, de fauna estrictamente protegida y alguna en peligro de extinción.
- 6.- El informe pericial de 20-01-2012 acompañado con la demanda acredita lo que se sostiene.

Jurídicamente, además de una exhaustiva cita y reproducción de la normativa protectora de las especies de aves concernidas y sus hábitat, que también se relacionan, se cita, también abundantemente, la jurisprudencia del TJUE y TS para finalizar con la exposición de las consecuencias jurídicas de todo ello que no son sino las arriba enunciadas.

Empezaremos por señalar que la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992 relativa a la conservación de las hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres ha sido transpuesta al ordenamiento español por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, según expresamente recoge la disposición final 7ª de ésta. El RD 1997/1995 de 7 de diciembre, como la demandante señala, recoge en su práctica literalidad lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva. Por tanto, bastará de reproducción del art. 45. 4, 5, 6 y 7 de la Ley citada como referencia para cuanto aquí se diga. Dice así:

"4. Cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, que se realizará de acuerdo con las normas que sean de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal y en las normas adicionales de protección dictadas por las Comunidades autónomas, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de las evaluaciones de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo, los organismos competentes para aprobar o autorizar los planes, programas o proyectos sólo podrán manifestar su conformidad con los mismos tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública.

5. Si a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan, programa o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, las Administraciones Públicas competentes tomarán cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida.

La concurrencia de razones imperiosas de interés público de primer orden sólo podrá declararse para cada supuesto concreto:

- a) Mediante una ley.
- b) Mediante acuerdo del Consejo de Ministros, cuando se trate de planes, programas o proyectos que deben ser aprobados o autorizados por la Administración General del Estado, o del órgano de Gobierno de la Comunidad autónoma. Dicho acuerdo deberá ser motivado y público.

La adopción de las medidas compensatorias se llevará a cabo, en su caso, durante el procedimiento de evaluación ambiental de planes y programas y de evaluación de impacto ambiental de proyectos, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable. Dichas medidas se aplicarán en la fase de planificación y ejecución que determine la evaluación ambiental.

Las medidas compensatorias adoptadas serán remitidas, por el cauce correspondiente, a la Comisión Europea.

6. En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritaria, señalada como tales en los anexos I y II, únicamente se podrán alegar las siguientes consideraciones:

- a) Las relacionadas con la salud humana y la seguridad pública.
- b) Las relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente.
- c) Otras razones imperiosas de interés público de primer orden, previa consulta a la Comisión Europea.

7. La realización o ejecución de cualquier plan, programa o proyecto que pueda afectar significativamente a especies incluidas en los anexos II o IV que hayan sido catalogadas como en peligro de extinción, únicamente se podrá llevar a cabo cuando, en ausencia de otras alternativas, concurra alguna de las causas citadas en el



apartado anterior. La adopción de las correspondientes medidas compensatorias se llevará a cabo conforme a lo previsto en el apartado 5."

Sustancialmente, esta norma está preceptuando que, en el supuesto del que parte (que no tenga relación alguna con la gestión del lugar y pueda afectarle de forma apreciable), el proyecto o programa deberá someterse a una adecuada valoración de las repercusiones que tenga en cuenta los objetivos de conservación y que solo será aprobado cuando resulte seguro que no causará perjuicio a la integridad del lugar. La cuestión a responder es así sencilla de formular : ¿se han cumplido estas exigencias en el caso?

La cantera litigiosa se emplaza en el término municipal del Valle de Erro, paraje de Antzeri, ocupando parte del monte de utilidad pública "Legua Acotada", en lugar comprendido en el que por iniciativa del Gobierno de Navarra fue en su momento incluido en la Red Natura 2000, de creación comunitaria europea, y luego clasificado por la citada Administración como zona ZEC en el año 2005 mediante Decreto Foral 105/2005 de 22 de agosto. En consecuencia, dicho lugar queda sujeto al especial régimen de protección medioambiental que la normativa aquí (y en otros apartados de la demanda) invocada establece, objetivo a cuya preservación se endereza el procedimiento de aprobación de la actuación que se pretende (actividad extractiva de magnesita) y del que son hitos fundamentales la evaluación primero y después la declaración favorable de impacto ambiental a los que antes hemos hecho referencia que habrán de tener en cuenta los objetivos de conservación establecidos en cada caso por el Plan de Gestión de la ZEC. Sobre eso discurre -abundantemente, por cierto- la demanda que en el relato "Hechos" ilustra con profusión sobre aquellos objetivos y sobre las actuaciones habidas en los expedientes administrativos relativos al PSIS y a la DIA concluyendo, como es obvio, en que con la aprobación y explotación de la cantera resultan perjudicados dichos objetivos, conclusión a la que aboca (en su opinión) la prueba aportada, así la documental como el dictamen pericial al que luego nos referiremos. Al respecto, el "Hecho 4º" ofrece detalle del contenido del Plan de Gestión con expresión de la vegetación y hábitat de interés comunitario, de la flora y de la fauna existente en el lugar incluidos en las Directivas de continua cita (79/409 CEE, de 2 de abril; 2009/147 CE, de 30 de noviembre y 92/43/CEE de 21 de mayo) como objeto de específica protección y de las medidas de conservación necesaria en relación con los valores protegibles, resaltando que en ningún caso se prevén otras actividades en la ZEC que las propias del lugar en que se ubica (pastoreo y aprovechamiento maderera). En el "Hecho 7º" relativo al contenido del EIA (que se presentó por la promotora de la actuación, la empresa MAGNA, el 31 de mayo de 2010) se señalan los impactos que el mismo prevé sobre los elementos clave de la ZEC y su conclusión de que "no se identifican afecciones significativas sobre ninguno de los elementos clave (por lo que) no afectará de forma significativa a la integridad de la ZEC monte Alduide". En el 8º se denuncia que la Administración no realizó una evaluación técnica de la afección de la cantera a la ZEC y a sus objetivos según resulta del expediente en el que, por el contrario, obran informes (de 31/10/2008 de la Dirección del Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo; de la Sección de Gestión Forestal del Servicio de Conservación de la Biodiversidad de 3/11/2008; de la Sección de Hábitats del mismo Servicio de 21/11/2008 y del Servicio de Calidad Ambiental de 26/01/2009) y debían obrar otros (del Servicio de Conservación de la Biodiversidad de 6/09/2010 y 29/09/2010 y de la entidad "Gestión Ambiental, Viveros y Repoblaciones de Navarra, GAVRNA, de 12/08/2010 y 28/10/2010) contrarios todos ellos a la viabilidad del proyecto por resultar afectados elementos protegidos y que fueron ignorados (de nuevo según la demanda) por el informe emitido el 25/11/2010 el Director del Servicio de Calidad Ambiental (dirigido al Director General de Medio Ambiente) proponiendo la formulación de DIA favorable por entender que el proyecto "no afectará de forma significativa a la integridad de la ZEC". A este informe siguió otro de la misma fecha de su receptor al Director General de Medio Ambiente que por Resolución del día siguiente (26 de noviembre) formuló la DIA positiva.

La parte actora que, como ha quedado dicho, reprocha a la Administración no haber efectuado por ella misma la obligada evaluación de impactos y afecciones al medio en su conjunto, hace especial énfasis en la celeridad del trámite y en la parquedad de los últimos informes que acabamos de reseñar que considera insuficientes y nada técnicos (al ser emitidos por funcionarios sin la adecuada titulación) y, en definitiva, insuficientes para enervar las conclusiones que de aquellos otros y del informe pericial aludido se desprenden.

La Sala comparte esta conclusión. Para valorar si la DIA fue correctamente formulada, resultan de especial relevancia - por su carácter técnico, precisamente- los informes que antes hemos reseñado del Servicio de Conservación de la Biodiversidad de 6 y 29 de noviembre de 2010 y de GAVRNA de 12 de agosto y 28 de octubre de 2010 (todos ellos posteriores al EIA presentado por MAGNA el 25 de mayo anterior) cuyas conclusiones, literalmente reproducidas en el hecho 17º de la demanda, resaltamos:

a) literalmente, la del primero: "conclusión: El Plan de Gestión de la ZEC Alduide cuenta con diez elementos clave; de esos diez elementos clave ocho resultan afectados por la cantera. El Plan de Gestión contempla dieciséis objetivos finales; la realización de la cantera implicaría el no cumplimiento de diez de ellos. Con estos datos podemos afirmar que la realización de la cantera pone en peligro la integridad del lugar, entendiendo

esta integridad como el mantenimiento de sus funciones ecológicas, tal y como se especifica en el Manual "Gestión de espacios Natura 2000"

Cabe significar que este informe se emite por técnicos de la Sección de Hábitats y en su contenido analiza individualizadamente los elementos clave de la ZEC afectados y los objetivos de conservación previstos en el Plan de Gestión.

El segundo (29/09/2010) se ratifica íntegramente en el anterior a requerimiento del Servicio de Calidad Ambiental.

c) El tercero (12/08/2010) es "informe desfavorable a la actividad propuesta". De sus conclusiones cabe resaltar "El contenido del Estudio de Impacto Ambiental presentado, teniendo en cuenta el criterio de certeza, no permite descartar la afección significativa del proyecto a hábitats del Anexo I de la Directiva 92/43/CEE, a especies del Anexo I de la Directiva Aves 79/409/CEE, ni a flora y fauna protegida en Navarra. Las medidas establecidas en los apartados 3 y 4 del artículo 6 de la Directiva Hábitats se activan no cuando hay certeza sino probabilidad de efectos apreciables. Dichos apartados dicen ...

"- Según las determinaciones que exigen los apartados 3 y 4 del Artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, Incorporados al ordenamiento jurídico estatal en los apartados 4 y 5 del Artículo 45 de la Ley 42/2007 , y siguiendo el principio de cautela, existen dudas evidentes de que el proyecto puede producir efectos negativos a la integridad del lugar. Esta integridad se refiere a sus funciones ecológicas, centrándose en los objetivos de conservación del Lugar, definidos en el Documento 2. Objetivos y Medidas, del Plan de Gestión aprobado por Decreto Foral 105/2005"

d) El cuarto (28/10/2010) versa sobre la afección del proyecto a pico dorsiblanco, que reputa, desde luego, afectado aunque no concluye de modo terminante como los anteriores.

Entre estos informes y los inmediatamente anteriores a la resolución favorable a la DIA no media otra actuación que aquel otro de 25/11/2010 que con ciertamente escueta fundamentación, meramente formal y por referencia al EIA, al que se remite, y con incomprensible preterición de estos llega a conclusión contraria.

Sabemos que no es aconsejable que resoluciones judiciales como la presente se adentren en el proceloso ámbito de los juicios de intención. No sacaremos, por tanto, conclusión alguna de ello, pero dejamos constancia de lo sorprendente que resulta que denunciados por la Sociedad demandante los avatares habidos hasta conseguir la incorporación a los autos de los informes de los que hablamos (reiteradas solicitudes del letrado demandante en fase administrativa y reiteradas solicitudes de la Sala a fin de completar el expediente administrativo) no se haya dado por la Administración explicación alguna sobre tales avatares. En todo caso, "res ipsa loquitur": los informes son emitidos por organismos técnicos integrado, uno, en la propia persona jurídica de la Administración actuante, y el otro, por encargo de ésta. No cabe, pues, atribuirles parcialidad. Por ambas razones es importante su poder convictivo ante este Tribunal.

A ello ha de añadirse el del informe pericial acompañado con la demanda. Emitido por un doctor en Biología y profesor titular de Ecología en una universidad, este informe resalta la incidencia de la explotación sobre las poblaciones de pícidos y otras aves y mamíferos que detalla (pico dorsiblanco, pito negro, murciélagos, visón europeo, desmán de los pirineos, quebrantahuesos y milano real) algunos "en peligro de extinción" y otros en estado "vulnerable"; señala que la explotación minera afecta al hábitat y replica al EIA que, en su opinión "minusvalora los efectos perversos que tendría la cantera sobre los valores naturales que deben protegerse" en la ZEC, malinterpretando el concepto de la integridad de la zona que debe ser respetada, infravalorando los efectos sobre la fauna (aves y mamífero que cita) y tomando como referencia para la evaluación la proporción de terreno ocupados por los hábitat protegidos en lugar de hacerlo en atención a los objetivos de conservación del lugar y a la totalidad de la zona. También critica la DIA cuyas cauciones estima insuficientes, y por no extendernos más, dada su unión a los autos, afirma rotundamente que los efectos negativos de la actuación no son probables sino seguros e irremediables.

A esta prueba ha de añadirse la pericial acompañada con la demanda de la otra demandante Sociedad Española de Ornitología (SEO) cuya incorporación al ramo de prueba de la Coordinadora Monte Alduide fue pedida y admitida en su momento, y que, en cualquier caso, ha sido traída legalmente a los autos. Se trata de cinco informes periciales cuyo contenido y conclusiones sintetizamos a continuación:

1.-) Informe de D. Jose Francisco (doctor en Ciencias Geológicas y Catedrático de Geodinámica Externa en una Universidad). Cuestiona la restauración futura de los terrenos afirmando que el proyecto cambiará el drenaje de aguas en todo el perímetro de la explotación.

2.-) Informe de D. Amador (doctor en Biología y especialista en Ecología de la Regeneración de Especies vegetales). Concluye que habrá impacto ambiental crítico sobre los Elementos Clave de la ZEC "Hábitats"



"Hayedo" que el EIA y la DIA no evaluaron adecuadamente ni adoptan las medidas preventivas o correctoras necesarias; que las consecuencias no se repararán con el Plan de Restauración previsto; y que la ejecución del proyecto provocará un perjuicio irreparable, así como daños de imposible o muy difícil recuperación sobre el hayedo y los hábitats de interés comunitario o prioritario para la Directiva 92/43.

3.-) Informe de D^a Remedios (doctora en Biología de la Unidad Mixta de Investigación de Biodiversidad de la Universidad de Oviedo). Referido a la comunidad de pícidos afectada por el proyecto, establece que se producirá un impacto apreciable e irreversible sobre la misma (en particular sobre la especie "pico dorsiblanco"); que este proyecto es contrario a los objetivos 5.1 de su Plan de Gestión; y que este impacto no se evita con las medidas correctoras propuestas.

4.-) Informe de D. Esteban (doctor en Biología). Referido al Elemento Calve 8 Desmán del Pirineo y otras especies ligadas a los cursos de agua (nutria, visón europeo y trucha común), concluye que el impacto sobre estas especies será negativo, severo o crítico, y apreciable, incumpléndose con el proyecto los objetivos de conservación de la ZEC respecto a este elemento clave no subsanables con las medidas correctoras propuestas.

5.-) Informe de la fundación para la Conservación del Quebrantahuesos que estima que el proyecto repercutirá negativamente sobre este ave en peligro de extinción, concretamente sobre la pareja instalada en la zona.

Todos estos informes han sido emitidos con posterioridad y a la vista del EIA elaborado por la promotora y fundamento (ya lo hemos dicho) de la DIA. Las demandadas no han propuesto prueba equivalente reconduciendo su defensa a la de el referido EIA y de otras actuaciones de escasísimo contenido técnico cuales son los referidos informes emitidos por dicho estudio y declaración. Por tanto, vista esta prueba y visto el art. 45.6 Ley 42/2007 antes reproducido, no cabe otra conclusión que la antes adelantada: el proyecto afecta a la integridad de la zona. Por tanto, la DIA no debió formularse en sentido favorable. Al formularse así, se ha infringido el citado artículo (y concordantes ya citados de la Directiva 92/43/CEE y RD 1997/1995). El motivo debe prosperar con la consiguiente estimación de la demanda.

Al formular esta conclusión no olvidamos la circunstancia, frecuentemente recordada por las demandadas, de ser el espacio directamente afectado por el impacto ambiental verdaderamente mínimo respecto del ocupado por la ZEC: se ocupa el 0,25% (el hueco minero el 0,18%) de la zona, hecho que, según entendemos, debe pesar a la hora de ponderar la proporcionalidad entre los intereses en juego: ecológicos y económicos, ponderación admitida jurisprudencial e incluso normativamente. Sobre esto último poco es lo que esta Sala puede decir: para nosotros la ponderación viene dada ex lege de forma que el interés que debe prevalecer es el que resulte de aplicar la legalidad vigente que ya ha tenido en cuenta, sin duda, dicho conflicto. Dicho esto, lo relevante (normativa de la Directiva 92/43 y de la Ley 42/2007) es que la afección lo sea a la integridad de la ZEC que se compone de toda su superficie, por lo que sea cual sea la parte de ella directamente afectada la afección es de toda ella. Es -si se nos permite el símil- como un cuerpo vivo en el que la afección de una parte afecta al todo.

A - SEXTO .- Se sostiene en este motivo que los actos impugnados, en cuanto autorizaron una cantera cuya implantación y explotación implica un impacto severo en hábitats de interés comunitario, han infringido la normativa que se relaciona: Convenio de Berna (arts. 1 , 2 , 3 y 4), Directiva 92/43 (arts. 2.2 y 6.2), RD 1997/1995 (arts. 1.1 y 6.2), Ley 42/1997 (arts. 5.1 , 45.3 y 52.1) Ley Foral 2/1993 (art. 4.1.A) y Ley Foral 9/1996 (arts. 1, 2.1, 2.2-A) B) C) y D).

En su desarrollo se expone, resumidamente:

Que la cantera se ubica en una ZEC (hecho ya consignado) cuyos objetivos, en lo que a este motivo se refiere, son, según su Plan de Gestión, el mantenimiento de la superficie y hábitats existentes en el año 2005, específicamente, los de interés comunitario, no contemplando dicho Plan ninguna otra actividad en el lugar distintas de las tradicionalmente desarrolladas. No obstante, el EIA, aunque, como el Plan de Gestión, reconoce la afección de hayedo acidófilo, concluye que solo se afecta al hayedo basófilo, si bien el impacto es severo. Pero la realidad es que se afectan hábitats de interés comunitario y otros no catalogados pero de muy importante valor ambiental. Así lo reconocen los informes de la propia demandada (Sección de Hábitats) de 6/09/2010 y 29/09/2010, que extienden la afección a hayedos acidófilos y basófilos, el informe GAVRN de 12/08/2010 y el pericial acompañado con la demanda. Pese ello, la DIA, que carece de evaluación técnica de esos impactos, en contra de esos informes y pese a reconocer que tales impactos sobre vegetación y flora son severos, da el visto bueno a la implantación sin referencia ni previsión correctora alguna de los mismos. Por todo ello, vista la normativa y la doctrina legal (jurisprudencia del TJUE y del TS), se sigue como consecuencia de hecho que se ha autorizado el arrasamiento de una superficie importante de hábitats de interés comunitario sin evaluar el impacto sobre el concernido y respecto a los objetivos de conservación del lugar, y sin establecer medida alguna compensatoria con la consiguiente infracción de los preceptos citados.



Si el anterior motivo pone el foco en el concepto "integridad" de la ZEC, en este lo hace sobre el de hábitat como elemento específico de la misma. Obviado esto, el alegato es prácticamente el mismo como lo demuestra su estructura que discurre sobre los objetivos de conservación de la ZEC, el EIA, la catalogación de impactos, la afección de hábitats prioritarios, de interés comunitario y otros de importante valor ambiental, la DIA y la normativa y jurisprudencia sobre ello, remitiéndose en todo ello a lo ya dicho precedentemente. Como conclusión jurídica se pretende que la DIA no debió ser positiva, afirmación que ya hemos establecido por el motivo anterior, y compartimos también por éste en razón a los mismos argumentos basados en las pruebas documental y pericial analizadas que son extensibles a este aspecto de la cuestión.

A - SEPTIMO .- Si en el fundamento quinto el perjuicio a la integridad del lugar a que se refieren los arts. 6.3 Directiva 92/43 y 45.4 Ley 42/2007 se deduce de la afección del proyecto a las aves en peligro de extinción y sus hábitats, en este la causa se sitúa en la afección a la fauna protegida y sus hábitats. Los preceptos que se invocan son exactamente los mismos. El desarrollo del motivo, salvo la referencia al estatuto jurídico de la fauna (no aves) que pueblan el lugar, es exactamente el mismo.

Ha de estarse por tanto y como antes a lo dicho en nuestro fundamento quinto.

A - OCTAVO .- Como en los anteriores, el contenido y postulado del motivo VIII de la demanda se compendia en su enunciado que reputa infringida la normativa que cita (Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de Montes y su Reglamento y Ley Foral 13/1990, de 31 de diciembre, de Protección y Desarrollo del Patrimonio Forestal de Navarra) por haberse autorizado la cantera en un Monte de utilidad pública, con la consiguiente modificación sustancial del su uso forestal, sin previa declaración de prevalencia de la utilidad de la cantera sobre la de monte de utilidad pública y mediando sólo una declaración de compatibilidad entre ambas utilidades arbitraria y contraria a derecho (y posterior a la aprobación de la DIA y el PSIS).

En su desarrollo expone la demanda, resumidamente:

- a) que la opinión de los servicios competentes de la demandada, ante el conflicto de dos utilidades públicas (la del monte y la de la concesión minera) otorga prevalencia a la primera (informe del Servicio de Conservación de la Biodiversidad de la Sección de Gestión Forestal del Gobierno de Navarra, de 3 de noviembre de 2008)
- b) que entre los objetivos de conservación de la ZEC figuran expresamente contemplados los atinentes al bosque (hábitats y hayedos) sobre el que el propio EIA prevé un efecto severo en cuanto a la vegetación y flora. El concepto de monte está legalmente vinculado a estos de arbolado, vegetación, flora, etc.
- c) que entre los motivos de MAGNA para solicitar la declaración de utilidad pública sólo se contemplan los propios de la actividad minera (necesidades del mineral, etc.)
- d) que el Gobierno de Navarra no ha declarado la utilidad pública del proyecto aunque sí su interés general siquiera sólo a efectos urbanísticos.

Como en los anteriores casos, cita y transcribe la normativa protectora de Montes y la jurisprudencia de aplicación para posteriormente establecer las consecuencias jurídicas de todo ello poniendo su acento en la consideración de que en el presente caso no basta con la declaración de compatibilidad de la utilidad de la cantera con la del Monte de utilidad Pública sino que era precisa la declaración de prevalencia.

Estas últimas líneas compendian realmente la cuestión jurídica empeñada en este motivo. De todas las normas que (como en anteriores fundamentos) se citan por guardar relación con la cuestión debatida (pero omitiéndose cualquier explicación de porqué o como son cada una de ellas vulneradas) la que en este ocasión nos parece a nosotros relevante es el art. 9.5 de la Ley Foral 13/1990 antes citada, que dispone: "Cuando la Administración de la Comunidad Foral tramite un plan o proyecto cuya utilidad pública o interés general se pretenda declarar y pueda afectar de algún modo a un monte o terreno forestal incluido en el Catálogo de montes de utilidad pública de Navarra, corresponde al Gobierno de Navarra realizar la previa declaración de compatibilidad entre ambas o la prevalencia de una de ellas sobre la otra, previo informe de la Administración Forestal".

Así que lo discutible puede reconducirse a si la declaración de compatibilidad realizada por acuerdo de 7 de febrero de 2011 es arbitraria o (en cualquier modo) contraria a derecho, y, de no ser así, si era además precisa la de prevalencia que no se produjo.

La respuesta es en este caso sencilla y clara. El acuerdo citado no es arbitrario pues está fundado en derecho. Pero es contrario a derecho porque esa fundamentación se limita a la invocación del informe del Servicio de Conservación de la Biodiversidad de 1 de febrero anterior (doc. nº 1 acompañado con la contestación a la demanda del Gobierno de Navarra) que a su vez encuentra su único fundamento en otro acuerdo que aquí acabamos de declarar ilegal: el de 26 de noviembre de 2010 por el que se formuló declaración favorable de impacto ambiental. Si este acto no es conforme a derecho, es claro que tampoco lo será ninguno posterior



que traiga causa directa y exclusiva de él. Y especialmente si la nulidad de la DIA se deriva de la constatación de comportar el proyecto afecciones negativas en el Monte catalogado, como es el caso.

A ello debe añadirse que la declaración en cuestión es contraria al único precedente existente al respecto, constituido por el informe emitido por el Servicio de Conservación de la Biodiversidad de la Administración demandada el 3 noviembre de 2008 que defiende la prevalencia del interés público del monte sobre el de la concesión minera en términos tales que parece excluirse la compatibilidad. Entre este informe y la declaración que nos ocupa (aparte de la DIA) no media ninguna otra actuación al respecto.

Se sigue de todo ello que procede la estimación también de este motivo y la pedida anulación del acuerdo de 7 de febrero de 2010 aunque resulte redundante tras los anteriores pronunciamientos.

A - NOVENO .- La infracción de los arts. 112 y 113 de la Ley Foral 35/2002 de Ordenación del Territorio y Urbanismo es el último de los motivos del recurso.

Incluidos en el Capítulo "Régimen del suelo no urbanizable" disponen, en lo que interesa:

Artículo 112. Actividades prohibidas e incompatibles.

1. Quedan prohibidas las acciones u omisiones en el suelo no urbanizable que impliquen:

a) Incremento de la erosión y pérdida de calidad de los suelos.

b) Destrucción de masas vegetales, sin perjuicio de lo previsto en la vigente legislación sobre protección del patrimonio forestal.

c) Destrucción o contaminación de las zonas húmedas o de su entorno próximo, sin perjuicio de lo contemplado en la legislación de aguas.

d) Vertido o abandono de objetos, residuos u otros desperdicios fuera de los lugares autorizados, así como la quema no autorizada de los mismos.

e) Vertidos líquidos o sólidos que pueden degradar o contaminar la naturaleza o los acuíferos.

Art. 113.2 El resto de actividades en el suelo no urbanizable de protección no serán autorizables y especialmente quedan prohibidas las construcciones, actividades o usos que impliquen transformación de su destino o naturaleza, lesionen el valor específico que se quiere proteger o infrinjan el concreto régimen limitativo establecido por los instrumentos de ordenación territorial o la legislación sectoria.

La demanda alega, en síntesis:

a.- que el suelo ocupado por el proyecto está clasificado en el plan municipal (PSIS) del Valle de Erro como suelo no urbanizable forestal en el que está permitida, entre otras, las actividades de extracción de gravas y arenas y canteras. Así se reconoce en la memoria del Texto Refundido del PSIS.

b.- Esta clasificación (catalogación) y su régimen de protección viene impuesta por la normativa sectorial de montes y de fauna silvestre.

c.- Aunque el plan municipal es anterior a la entrada en vigor de la LF 35/2002, y no se encuentra homologado, ésta es la que resulta aplicable por mor de su Disposición transitoria primera.

d.- Partiendo de ello, de entre las categorías de suelo no urbanizable que el art. 94.2 establece, el en que se emplazará la explotación minera se integra en la de "protección" por aplicación de los apartados 1º a) y b) del art. 112, resultando, por tanto, de aplicación el art. 113.

e.- En todo caso, aunque la categoría fuese la de suelo no urbanizable de preservación, la consecuencia a los efectos sería la misma.

f.- Siguiendo el esquema desarrollado en los motivos precedentes, se añade una reseña jurisprudencial para terminar estableciendo como consecuencias jurídicas de todo ello la de que se ha infringido el régimen de protección del suelo no urbanizable de protección que es, repetimos, en el que se ubica la cantera.

Nuevamente hemos de coincidir con la tesis de la demandante. No parece razonablemente discutible que de resultarle aplicable la LF 35/2002, a efectos urbanísticos, el suelo del monte Legua Acotada, declarado de utilidad pública y sito en ZEC, sería suelo no urbanizable de protección por encontrarse en el supuesto del art. 94.1 a) de dicha ley: la de aquellos "que, de acuerdo con la legislación sectorial, están sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación por sus valores paisajísticos, naturales, ambientales o agrícolas....". Y ello porque, como acabamos de señalar, la legislación sectorial, en este caso, medioambiental, le ha hecho objeto de las dos declaraciones que acabamos de señalar que concurrentemente

atienden o tienen su razón de ser en los valores paisajísticos, naturales y ambientales del lugar según resulta a estas alturas innecesario argumentar.

Deviene así esta cuestión en la de si, en efecto, la Ley 35/2002 es o no aplicable en contra, en lugar o por encima, de lo previsto en el plan municipal, cuestión que en realidad no es tal a la vista de los taxativos términos de la Disposición Transitoria primera a tenor de la cual "El régimen urbanístico del suelo establecido en esta Ley Foral será de aplicación desde su entrada en vigor a los planes y normas vigentes en dicho momento, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

.....b.- Al suelo no urbanizable se le aplicará el régimen establecido en esta Ley Foral para el suelo no urbanizable. A tal efecto, las distintas categorías de suelo urbanizable existentes en el momento de entrada en vigor de esta Ley Foral se asimilaron a lo dispuesto en las categorías de suelo no urbanizable de protección o preservación que les corresponda".

Por consiguiente, si la ley foral es aplicable (en tal sentido nuestra sentencia 24/04/06 rec. 462/05) y el suelo debe considerarse no urbanizable de protección, la actividad extractiva no resulta autorizable en aplicación del art. 113.

No puede oponerse a esta conclusión el hecho de que en, efecto, la clasificación del suelo corresponde al planificador sin que automáticamente deba operar de la fijación de un régimen especial de protección (STC 164/2001) porque en este caso la consecuencia que establecemos viene directamente de una ley que se antepone a la voluntad del planificador que no puede ni contradecirla ni ignorarla por lo que el plan municipal del Valle de Erro, con o sin homologación, en ningún caso puede prevalecer frente a la ley.

A - DÉCIMO .- Pide por último la demanda que nos ocupa que se declare la ineficacia de todos los actos dictados o que se dicten al amparo en desarrollo o ejecución de los recurridos, petición exorbitante pues tal ineficacia o va de suyo y no precisa de nuestra declaración o requerirá el análisis de cada acto que se pretenda ineficaz.

A - UNDÉCIMO .- Siendo parcialmente estimada la demanda, no ha lugar a la imposición de costas a ninguna de las partes (art. 139.2 LJCA).

B.- Demanda de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ORNITOLOGÍA (SEO)

B - PRIMERO .- Motivos primero y segundo.

Según el planteamiento que precede al desarrollo de dichos motivos que sostienen la vulneración de los arts. 6.2 Directiva 92/43 y 45.2 Ley 42/2007 , el primero, y 6.3 de la Directiva y 45.4 de la Ley el segundo, con ambos se trata de demostrar la nulidad de la Resolución 1869/2010, de 26 de noviembre, del Director General de Medio Ambiente y Agua del Gobierno de Navarra por la que se formula declaración favorable de impacto ambiental (DIA)

Todo ello ha sido tratado y respondido en el fundamento de derecho quinto anterior, que responde a los motivos quinto, sexto y séptimo de la demanda de la Coordinadora Monte Alduide, analizando las pruebas (informes internos de la propia Administración, de la GAVRN y periciales aportados por la SEO) que ahora se invocan nuevamente como fundamento del motivo, cuyo sustento dialéctico tampoco difiere en lo sustancial del de aquella otra demanda. Si acaso la puntualización en ésta de que basta con la probabilidad o riesgo de que la explotación perturbe significativamente a las especies o a los hábitats para que resulte de aplicación la Directiva según la jurisprudencia del TJCE que se cita.

Por tanto, entendemos que estos motivos quedan congruentemente respondidos (en sentido estimatorio) con lo antes dicho por lo que, de acuerdo con la observación hecha al principio de la fundamentación de la sentencia, nos remitimos a lo dicho respecto a los motivos quinto, sexto y séptimo anteriores.

B - SEGUNDO .- Motivo tercero.

Afirma la infracción de los arts. 6.4 Dir 92/43 y 45.5, 6 y 7 Ley 42/2007 porque no existen excepciones justificadas que permitan la actividad extractiva "pese a una evaluación negativa".

Este alegato es inocuo puesto que nadie ha sostenido en el proceso que resulte aplicable dicha posibilidad excepcional. Lo sostenido por demandada y codemandadas es que no hay afección a la integridad del lugar. De donde se infiere que no se ha considerado necesario hacer uso de la excepción.

B - TERCERO .- Motivo cuarto.

Pretende vulnerados los arts. 12.1 y 3 Dir 92/43, 54 1.b) Ley 42/2007 y 8.1 Ley Foral 2/1993 "por permitir el Gobierno de Navarra con la norma de magnesitas de Legua Acotada, la perturbación deliberada de especies de interés comunitario....."

Este motivo carece manifiestamente de fundamento. Basta la lectura de la normativa citada para entender, de su propia literalidad, que lo que prohíben son las acciones deliberadas, intencionales, contra las especies protegidas, tales como las de "darles muerte, capturarlos, perseguirlos o molestarlos...." en palabras de la Ley 42/2007. No es obviamente el caso.

B - CUARTO .- Motivo quinto.

Se afirma en él la infracción de los arts. 3 y 4 Dir. 2009/147 CE , 52.1 y 45.3 Ley 42/2007 y 2 y 3 d) Ley Foral 2/1993 "al no preservar, mantener o restablecer el Gobierno de Navarra una diversidad y superficie suficiente de hábitats para el pico dorsiblanco...".

En relación con las aves silvestres, todas estos preceptos imponen a los Estados miembros, a las Comunidades Autónomas en general y a la Administración Foral en particular, respectivamente, una acción positiva de protección de las especies a que se refieren. Su invocación en el presente proceso no es, por tanto, pertinente pues en él se ha discutido si una actuación determinada supone algún perjuicio para, entre objetivos merecedores de protección, dichas especies. No se ha discutido si la Administración Foral, en algún momento, ha dejado de adoptar las medidas protectoras que se le imponen. Lo habrá hecho, indirectamente si con las decisiones impugnadas ha menoscabado el régimen de protección. Pero en tal caso, lo que se habrá de dirimir (como ya se ha hecho) es si, efectivamente, así ha sido. La alegación tiene, en todo caso, un carácter subordinado y carente de autonomía respecto a la principal: perjuicio por lo hecho, no por lo dejado de hacer.

B - QUINTO .- Motivo sexto.

Sostiene la infracción del art. 9.5 Ley Foral 13/1990 , de protección y desarrollo del patrimonio forestal de Navarra al haberse omitido la declaración de compatibilidad entre la utilidad pública de los montes afectados y la de la explotación minera.

Coincide con lo postulado en el motivo octavo de la anterior demanda respondido en el fundamento octavo anterior al que nos remitimos dada, como antes, la sustancial identidad de la fundamentación en uno y otro caso.

B - SEXTO .- Motivo séptimo.

Vulneración del art. 25.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio , que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas toda vez que el PSIS fue aprobado "sin el previo informe favorable de la Confederación Hidrográfica del Ebro" (CHE), que es requisito esencial.

El hecho no es negado por las demandadas que -en resumen- niegan su trascendencia jurídica por no ser tal informe exigible (Gobierno de Navarra) y por quedar condicionado el inicio de la ejecución de las instalaciones a la obtención de las autorizaciones necesarias de la CHE, autorizaciones ya obtenidas al momento de evacuarse el trámite de conclusiones en el proceso (año 2014).

La primera objeción no es asumible. Visto el texto del artículo citado el informe es preciso respecto de actos y planes que afecten al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico, circunstancia que no puede negarse en el caso en el que ha sido prevista en el propio acuerdo de aprobación del PSIS la necesidad de que la promotora se provea de las correspondientes autorizaciones a otorgar por la Confederación y en el que los informes periciales y el proyecto EIA prevén afecciones en los cursos de agua próxima a la explotación.

Tampoco la segunda. La exigencia se establece con carácter previo y preceptivo, lo que comporta la necesidad de que la Administración competente valore el informe antes de la decisión final sobre el plan o actuación que lo requiera, no después ó, en el caso, nunca. Sobre ello nos pronunciamos en nuestra sentencia 597/2011, de 7 de noviembre (rec. 231/2009) confirmada por la del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2014 (Rc. 417/2012), en la que estimamos que la omisión antes del informe constituía defecto de procedimiento incardinable en el art. 63.2 de la LRJPAC.

En consecuencia, se estima el motivo.

B - SEPTIMO .- Motivo octavo.

Se sostiene en él la infracción de la Ley Foral 35/2002 al autorizarse en suelo no urbanizable de protección una actividad no autorizable en el mismo.

Queda respondido en el fundamento A - noveno anterior al que nos remitimos tanto en el argumento como en la conclusión.

B - OCTAVO .- Costas



Las costas de la parte demandante han de imponerse a la demandada por disposición legal (art. 139.2 LJ).
En atención a todo ello, en nombre de su Majestad el Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente la demanda correspondiente al recurso contencioso administrativo nº 147/2011 y totalmente la correspondiente al nº 148/2011, anulamos por contrarios al Ordenamiento Jurídico la Resolución nº 1869/2010, de 26 de noviembre, del Director General de Medio Ambiente y Aguas y los Acuerdos del Gobierno de Navarra de 13 de diciembre de 2010 y 7 de febrero de 2011.

Se imponen las costas causadas por la parte demandante en el recurso nº 148/2011 a la demandada Gobierno de Navarra.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se unirá certificación a los autos, y contra la que cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN, el que podrá prepararse ante esta misma Sala en el plazo de DIEZ DIAS, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ