

Roj: **STS 2110/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2110**Id Cendoj: **28079130032016100176**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **10/05/2016**Nº de Recurso: **530/2013**Nº de Resolución: **1044/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CANT 459/2012,**
STS 2110/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Mayo de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación número 530/2013, interpuesto por el Gobierno de Cantabria, representado por la Sra. Letrada de sus servicios jurídicos, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 31 de octubre de 2012 en el recurso contencioso-administrativo número 582/2010. Es parte recurrida Ecologistas en Acción, representada por la procuradora D.^a Cristina Velasco Echavarrí y bajo la dirección letrada de D.^a M^a Luz Ruiz Sindecía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó sentencia de fecha 31 de octubre de 2012, por la que se estimaba parcialmente el recurso promovido por Ecologistas en Acción contra la resolución del Consejero de Obras Públicas, Ordenación del Territorio, Vivienda y Urbanismo del Gobierno de Cantabria de 17 de octubre de 2008, por la que se aprueba el proyecto denominado "mejora de plataforma de la carretera de la ría del Capitán a San Vicente de la Barquera p.k. 6,600; tramo: playa de Oyambre- Puente de la Maza", contra la resolución del Director General de Medio Ambiente de 15 de abril de 2008 de declaración de impacto ambiental del citado proyecto, y contra las modificaciones posteriores del mismo relativas a la intersección entre la carretera objeto del proyecto y las carreteras CA-364 y N-634 a la altura de San Vicente de la Barquera, a los tramos comprendidos entre los puntos kilométricos 1+100 a 1+600 y 3+000 a 3810, y al tramo comprendido entre el punto kilométrico 0 +300 a 0+550 para la mejora de la permeabilidad en la variante este.

La parte dispositiva de la sentencia dice:

"Con desestimación de las causas de inadmisibilidad opuestas por la Administración autonómica, debemos estimar y estimamos parcialmente el presente recurso contencioso administrativo formulado por la asociación **ECOLOGISTAS EN ACCIÓN CANTABRIA** contra resolución del Consejero de Obras públicas de 17 de octubre de 2008 que aprueba el proyecto denominado "Mejora de la carretera de la ría Capitán a San Vicente de la Barquera, tramo playa de Oyambre-Puente de La Maza" y contra la declaración de impacto ambiental de 24 de abril de 2008 publicada en el BOC de 4 de junio de 2008 cuya nulidad de pleno derecho declaramos al tiempo que condenamos a la administración autonómica a la restauración de los terrenos afectados por las obras de ejecución del proyecto en la zona de la variante Este, reordenación de aparcamiento en la playa de Oyambre y glorieta final, sin que proceda hacer mención expresa acerca de las costas procesales causadas, al no haber méritos para su imposición."



SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 22 de enero de 2013, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previos emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se ha dado traslado de las mismas a la Letrada de los servicios jurídicos del Gobierno de Cantabria para que manifestara si sostenía el recurso de casación, lo que ha hecho presentando escrito por el que interpone el mismo, articulando los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del artículo 33.1 de la propia Ley de la Jurisdicción, del artículo 218.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y del artículo 24 de la Constitución;

- 2º, que se basa en el apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 46, en relación con el 69.a), de esta misma norma y del artículo 22 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente;

- 3º, basado en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en particular del artículo 120.3 de la Constitución, del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 9.3 de la Constitución;

- 4º, de nuevo amparado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción de los artículos 340.1, 346 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;

- 5º, que se basa en el mismo apartado del reiterado precepto procesal que el anterior, por infracción de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, así como de la jurisprudencia, y

- 6º, también basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y revoque la impugnada, anulando el fallo recurrido.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 12 de julio de 2013.

CUARTO .- Personada Ecologistas en Acción, su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia desestimando en su integridad el mismo y condenando en costas al recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 4 de febrero de 2016 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 12 de abril de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

El Gobierno de Cantabria impugna en casación la Sentencia de 31 de octubre de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en materia de carreteras. La citada Sentencia estimó en parte el recurso contencioso administrativo entablado por la entidad Ecologistas en Acción de Cantabria contra la aprobación del proyecto de determinadas mejoras de la carretera de la ría Capitán a San Vicente de la Barquera y contra la declaración de impacto ambiental de dicho proyecto (resoluciones del Consejero de Obras Públicas, Ordenación del Territorio, Vivienda y Urbanismo de Cantabria de 17 de octubre de 2008 y del Director General de Medio Ambiente de 15 de abril de 2008, respectivamente), así como contra las modificaciones posteriores del citado proyecto. La Sentencia recurrida declaraba la nulidad de pleno derecho de las dos resoluciones mencionadas.



El recurso se formula mediante seis motivos. El primero motivo se ampara en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Se aduce la vulneración de los artículos 33.1 de la propia Ley jurisdiccional , 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 24 de la Constitución , por no haber dado respuesta a la alegación relativa a la falta de agotamiento de la vía administrativa previa.

El segundo motivo se acoge al apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Se alega en concreto la vulneración del artículo 46, en relación con el 69.a) de la Ley procesal , así como del artículo 22 de la Ley reguladora de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Ley 27/2006, de 18 de julio), por extemporaneidad del recurso contencioso administrativo, que debería haber sido inadmitido.

En el tercer motivo, que se acoge al apartado 1.c) del mismo precepto procesal, por infracción también de las normas que rigen los actos y garantías procesales o de las normas reguladoras de la sentencia, se aduce la falta de valoración de ciertas pruebas obrantes en autos. El cuarto motivo se refiere también a la prueba, si bien al amparo del apartado 1.d) del referido artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, debido a una errónea valoración de la prueba con vulneración de los artículos 340.1 , 346 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El motivo quinto, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , también por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, se basa en la alegación de la Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y de la flora silvestres, así como de la jurisprudencia aplicativa, en relación con la existencia de un lugar de interés comunitario (LIC).

Finalmente, el motivo sexto, acogido también al citado apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , se funda en la infracción del artículo 54.1.c) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), en relación con la motivación de la resolución administrativa impugnada de aprobación del proyecto de mejora.

SEGUNDO .- Sobre el motivo relativo a la incongruencia omisiva.

Aduce la parte en el primer motivo, tal como se ha indicado en la enumeración que se acaba de realizar, que la Sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva, ya que no ha dado respuesta a la alegación relativa a la falta de agotamiento de la vía administrativa por parte de la entidad actora.

Tiene razón la recurrente y es preciso estimar este motivo. Sin embargo, ello nos conduce tan sólo a una casación parcial de la Sentencia impugnada, y no a declarar su nulidad, pues es posible dar respuesta a dicha alegación y reparar la incongruencia sin que ello afecte al resto de la Sentencia, tal como vamos a ver.

En efecto, dicha alegación ha de ser desestimada. Sostiene la parte recurrente que el proyecto de mejora fue puesto en conocimiento de la entidad actora el 14 de junio de 2.010, lo que debió determinar la interposición de recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno como trámite previo a la interposición del recurso contencioso administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 107 y siguientes de la Ley 30/1992 , reguladora del procedimiento administrativo.

Sin embargo, no es posible admitir la causa de inadmisión aducida, pues tiene razón la entidad recurrente en lo que afirmaba en su escrito de conclusiones respecto a las deficiencias de la referida notificación. En efecto, la resolución 17 de octubre de 2.008, de aprobación del proyecto, que según admite la Administración de Cantabria se le notifica a la actora mucho después, el 14 de junio de 2.010, no cumple ninguno de los requisitos establecidos en la Ley 30/1992, ya que no contiene referencia alguna a que fuese publicada, no indica si es o no definitiva, ni contiene pie de recursos. Así las cosas, no puede achacarse a la entidad recurrente que acudiese directamente a la Jurisdicción contencioso-administrativa en vez de interponer un recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno. Debe pues rechazarse la objeción de inadmisibilidad de falta de agotamiento de la vía administrativa.

Subsanada la omisión en que incurre la Sentencia de instancia con el rechazo de esta causa de inadmisión aducida por el Gobierno de Cantabria, procede examinar el resto de motivos de casación formulados en el recurso.

TERCERO .- Sobre el motivo segundo, relativo a la alegada extemporaneidad del recurso contencioso administrativo.

En su segundo motivo el Gobierno de Cantabria aduce que el recurso contencioso administrativo entablado por Ecologistas en Acción debió ser inadmitido por extemporáneo. La Sentencia de instancia rechazó dicha causa de inadmisión en los siguientes términos:



" **TERCERO.**- La Administración demandada opone en primer lugar causas de inadmisibilidad con arreglo a los artículos 69.b) LJCA al no haberse presentado el documento que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación y art. 69.e) LJCA con relación al art. 46 de la misma ley al considerar que se ha presentado fuera de plazo el escrito inicial del recurso.

Las causas de inadmisibilidad no pueden prosperar [...]; por otro lado, en cuanto a la presentación fuera de plazo del presente recurso contencioso administrativo con arreglo al art. 46 LJCA , porque se interpone el 14 de septiembre de 2010 frente a la resolución del Consejero de Obras Públicas de 17 de octubre de 2008, amparándose en una petición de documentación sobre el proyecto que le es remitida por la consejería, también ha de ser desestimada por lo que a continuación se expone.

Aunque la argumentación de la administración sea que la declaración de impacto ambiental fue publicada en el BOC de 4 de junio de 2008 y en ella ya se hiciese referencia a que el proyecto fue sometido a trámite de información pública durante treinta días desde el siguiente a la publicación del correspondiente anuncio en el BOC, en aplicación del art. 10 de la Ley 5/1996 de Carreteras de Cantabria , y que en fecha 10 de diciembre se publica en el BOC la información pública del expediente de expropiación forzosa necesario para la ocupación de los bienes y derechos afectados por las obras del proyecto que ahora constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo, sin que durante todo ese tiempo constase que la asociación ecologista realizase alegación alguna al proyecto pero, sin embargo, dos años más tarde el 14 de septiembre de 2010 impugna el proyecto de carretera mencionado, debemos concluir que la notificación efectuada por la remisión de la documentación del expediente del proyecto el día 14 de junio de 2010 por parte del director general de carreteras, vías y obras del Gobierno de Cantabria con las modificaciones al mismo de 22 de septiembre de 2009 (glorieta de conexión con la N-634) y otra de 11 de febrero de 2010 (variación de trazado en los tramos de pk 1,100 al pk 1,610 y del pk 3,000 al pk 3,810), así como la de mejora de la permeabilidad hídrica y faunística de 30 de marzo de 2010 en el tramo del pk 0,250 al pk 0,560 de la variante Este, constituye el "dies a quo" que ha de tenerse en consideración para el cómputo del plazo de dos meses previsto en el art. 46 LJCA .

Para llegar a dicha conclusión debemos tener en cuenta que el Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998, conocido como Convenio de Aarhus, parte del siguiente postulado: para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo, deben tener acceso a la información medioambiental relevante, deben estar legitimados para participar en los procesos de toma de decisiones de carácter ambiental y deben tener acceso a la justicia cuando tales derechos les sean negados. Estos derechos constituyen los tres pilares sobre los que se asienta el Convenio de Aarhus:

- El pilar de acceso a la información medioambiental desempeña un papel esencial en la concienciación y educación ambiental de la sociedad, constituyendo un instrumento indispensable para poder intervenir con conocimiento de causa en los asuntos públicos. Se divide en dos partes: el derecho a buscar y obtener información que esté en poder de las autoridades públicas, y el derecho a recibir información ambientalmente relevante por parte de las autoridades públicas, que deben recogerla y hacerla pública sin necesidad de que medie una petición previa.

- El pilar de participación del público en el proceso de toma de decisiones, que se extiende a tres ámbitos de actuación pública: la autorización de determinadas actividades, la aprobación de planes y programas y la elaboración de disposiciones de carácter general de rango legal o reglamentario.

- El tercer y último pilar del Convenio de Aarhus está constituido por el derecho de acceso a la justicia y tiene por objeto garantizar el acceso de los ciudadanos a los tribunales para revisar las decisiones que potencialmente hayan podido violar los derechos que en materia de democracia ambiental les reconoce el propio Convenio. Se pretende así asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial, la efectividad de los derechos que el Convenio de Aarhus reconoce a todos y, por ende, la propia ejecución del Convenio. Finalmente, se introduce una previsión que habilitaría al público a entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar cualquier acción u omisión imputable, bien a otro particular, bien a una autoridad pública, que constituya una vulneración de la legislación ambiental nacional.

España ratificó el Convenio de Aarhus en diciembre de 2004, entrando en vigor el 31 de marzo de 2005 por lo que la información facilitada a la asociación ecologista por la administración demandada no hace sino poner de manifiesto la aplicación de dicho convenio, también a los efectos de la interposición del presente recurso en tiempo hábil para ello." (fundamento de derecho tercero)

No puede estimarse el motivo. En efecto, al margen de otras consideraciones efectuadas por la Sala de instancia, bastan para rechazar la alegación dos circunstancias. Por un lado, el hecho de que la resolución de



aprobación del proyecto de 17 de octubre de 2008 no fue publicada, lo que no resulta paliado por el hecho de que la declaración de impacto ambiental, que lo había sido el 4 de junio anterior, hiciese referencia a que el proyecto fue sometido a trámite de información pública, o que el 10 de diciembre del mismo año se publicase la información relativa al expediente de información forzosa, o, en fin, la participación de un representante de la Asociación en el Patronato del Parque Natural de Oyambre. Pues si bien es cierto que la entidad recurrente pudiera haber llegado a conocer la resolución aprobatoria del proyecto, ni consta tal circunstancia ni, en las concretas circunstancias del caso, puede afirmarse que tal falta de conocimiento fehaciente se debiera a una actitud indiligente por su parte.

Por otro lado y sobre todo, resulta en todo punto relevante el hecho de que la resolución impugnada fuese posteriormente modificada hasta en tres ocasiones, siendo la última notificada el 14 de septiembre de 2010, fecha que constituye por tanto un adecuado *dies a quo* para la interposición del recurso contra la resolución aprobatoria y sus sucesivas modificaciones, tal como concluye la Sala de instancia.

CUARTO .- Sobre los motivos tercero y cuarto, relativos a la valoración de la prueba.

Aunque formulados por distintas vías procesales, ambos motivos se refieren en última instancia a la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia.

En el tercer motivo, acogido al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, la parte alega que la falta de valoración de determinados elementos probatorios constituye una infracción de procedimiento que le habría causado indefensión. Trata así de distinguir su queja de una discrepancia o crítica de la valoración probatoria de instancia, irrevisable en casación. Sin embargo, tal planteamiento no logra su objetivo, puesto que si la Sala juzgadora se apoya y cita uno de los documentos probatorios de la parte adversa es porque, en su ponderación de los elementos obrantes, es al que le presta mayor peso o le atribuye más fundamento, pero eso no significa que no haya tenido en consideración el resto de material probatorio. No puede exigirse, en suma, que la Sala haga necesariamente una referencia expresa a todos los elementos probatorios. Lo anterior quiere decir, en suma, que la queja formulada por el Gobierno de Cantabria esconde en realidad una discrepancia valorativa con la ponderación y la apreciación fáctica efectuada en la instancia que debe ser rechazada.

Lo mismo ocurre con el motivo cuarto, formulado éste al amparo del apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional, aduciendo la infracción de normas sobre valoración de la prueba y que, con toda evidencia, se introduce en una discusión sobre elementos fácticos propia de la instancia e impropia de la casación. En efecto, tal como hemos reiterado de forma constante, el recurso de casación se configura legalmente como un recurso extraordinario para la revisión del derecho aplicable y su interpretación, no para la valoración de elementos fácticos, fuera de supuestos de error patente o arbitrariedad que raramente concurren y, desde luego, no en el presente caso. Así pues, sólo se constata la legítima divergencia del Gobierno recurrente frente a la valoración efectuada por la Sala de instancia, lo que conduce al fracaso del motivo.

En consecuencia, ambos motivos han de ser rechazados.

QUINTO .- Sobre el motivo quinto, relativo a la Directiva 92/43/CE y el Real Decreto 1997/1995.

En el quinto motivo la Administración recurrente aduce la infracción de la Directiva 92/43/CEE y del Real Decreto 1997/195, de 7 de diciembre, así como de la jurisprudencia aplicativa de ambas disposiciones, como consecuencia de que la Sentencia impugnada habría considerado aplicable el régimen protector de los lugares de interés comunitario (LIC) por el simple hecho de la que la carretera afectaba tangencialmente a uno de dicho lugares protegidos. Alega que la aplicación de dicho régimen protector sólo procede respecto de espacios que hayan sido declarados efectivamente como lugares de interés comunitario y no a cualquier ámbito en el que existan hábitats o especies contemplados en la Directiva.

La Sentencia razona sobre esta cuestión de la siguiente manera:

" **SEXTO**.- Acerca del primero de los motivos de impugnación que la asociación demandante esgrime consistente en la nulidad de pleno derecho por infracción del art. 6 del Real Decreto 1997/1995 de 7 de diciembre por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats y la fauna y flora silvestres de trasposición de la Directiva Hábitats y art. 35 de la Ley 4/2006 de 19 de mayo de Conservación de la Naturaleza de Cantabria, esta sala de lo contencioso administrativo resuelve que, efectivamente, el proyecto de autos afecta tangencialmente al LIC "Rías occidentales y duna de Oyambre" del pk 0,000 al pk 0,600 que constituye la variante Este, rotonda y tramo final, así como el pk 3,000 y 3,810 afectando al sistema dunar de la playa de Merón que tiene hábitat prioritario (código 2130: dunas costeras con vegetación herbácea); también atraviesa dos hábitats del anexo I de la Directiva 92/43/CEE en el pk 1,100 al 1,200 (código 4030: brezales secos) y en el pk 3,350 al 3,510 (código 1210: vegetación anual sobre deshechos marinos) y discurre cien metros dentro del LIC desde el pk



3,820 al 3,920; afecta también al carrizal o humedal de Los Llaos atravesado por la variante Este merecedor de protección por encontrarse dentro del Parque natural de Oyambre.

En cualquier caso, de conformidad con los apartados 3 y 4 del art. 6 de la Directiva 92/43/CEE sobre Hábitats, el proyecto cuestionado de mejora de plataforma de la carretera afecta de forma apreciable a los lugares referidos, algunos son de importancia comunitaria y el resto constituye el Parque natural de Oyambre declarado por Ley 4/1988 de 26 de octubre modificada por Ley 4/2006 de 19 de mayo de Conservación de la Naturaleza entre cuyas finalidades está la de protección de las características naturales del medio y de sus valores para la vida silvestre y el aprovechamiento ordenado y sostenible de los recursos naturales que proporcione a la población humana, actual y futura, el mayor beneficio y desarrollo compatibles con los fines anteriores, de lo que ha de concluirse que no por afectar sólo tangencialmente la variante de la carretera al LIC "Rías occidentales y duna de Oyambre" y al sistema dunar de la playa de Merón o que discurra durante cien metros dentro del mencionado lugar de importancia comunitaria, el resto del territorio que atraviesa la carretera no tenga valor medioambiental y resulte sacrificable pues se trata del Parque natural de Oyambre que tiene su protección por la normativa de creación e incluso por el plan de ordenación de los recursos naturales que debió ser aprobado en el plazo de seis meses desde la aprobación de la Ley 4/2006 de Conservación de la Naturaleza de Cantabria.

El art. 35 de la Ley 4/2006 de Conservación de la Naturaleza de Cantabria contempla la necesidad de un informe de afección de repercusiones sobre los hábitats y especies objeto de protección que no consta expresamente contenido en el estudio de impacto ambiental (tomo I del expediente administrativo); no entiende esta sala tampoco que no se haya cumplido con lo dispuesto en el apartado 6 del art. 35 citado que dice que en el caso de que de dicho informe de afección se derivaran conclusiones negativas y una vez desechadas las soluciones alternativas estudiadas -entre ellas la alternativa cero que se llega a plantear en el estudio de impacto ambiental- el Consejo de Gobierno podrá, por razones prevalentes de interés público debidamente motivadas, autorizar dicho plan o proyecto, estableciendo la adopción de cuantas medidas correctoras y compensatorias sean necesarias para garantizar la consecución de los objetivos de la Red Natura 2000 dentro de la Comunidad Autónoma de Cantabria; además el Gobierno de la Comunidad Autónoma comunicará al ministerio competente las medidas compensatorias que haya adoptado y éste, a través del cauce correspondiente, informará a la Comisión Europea; no se entiende, por tanto, que la dirección general de montes y conservación de la naturaleza del Gobierno de Cantabria haya señalado que la actuación pretendida sólo limita tangencialmente con el LIC ES 1300003 Rías Occidentales y Dunas de Oyambre, no siendo necesario el informe de conformidad con la Red Natura 2000, cuando lo cierto es que el proyecto como ya se ha dicho sí afecta al lugar de importancia mencionado pues la tangencial es una forma de afectación y además también lo hace en el sistema dunar de la playa de Merón y discurre durante cien metros desde el pk 3,820 al 3,920 dentro del mencionado lugar de importancia comunitaria; luego de todo ello se infiere que faltan las razones prevalentes de interés público debidamente motivadas por el Consejo de Gobierno que autorizaran el proyecto en los puntos reseñados a los que debió hacer referencia el informe de afección exigible por el citado art. 35 de la Ley 4/2006.

En la Directiva mencionada, 92/43/CEE, se establece que los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para evitar, en las zonas especiales de conservación, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies, precisando que 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, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. Y continúa regulando: "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 o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado." (fundamento de derecho sexto)

La lectura del fundamento que se acaba de transcribir evidencia que la Sala de instancia no funda su decisión de manera exclusiva en la afección tangencial a un lugar de interés comunitario, sino asimismo en la afección al Parque Natural de Oyambre y en la necesidad de que el Consejo de Gobierno hubiera autorizado la intervención en relación con puntos de dicho parque, que deberían haber sido incluidos en un informe de afección que debió haberse elaborado. A lo que hay que añadir, en relación con tales exigencias, que la Sala se basa para ello en una Ley de la Comunidad Autónoma, la Ley 4/2006, de 19 de mayo, de Conservación de la Naturaleza de Cantabria, cuya aplicabilidad e interpretación es de la exclusiva competencia de la Sala de instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley de esta Jurisdicción.

El motivo ha de ser, por consiguiente, desestimado.



SEXTO .- Sobre el motivo sexto, relativo a la motivación de la resolución administrativa.

Aduce el Gobierno recurrente en el último motivo que la Sentencia considera que la resolución impugnada no ha motivado adecuadamente la selección de la alternativa escogida, e invoca de adverso el alcance de la discrecionalidad administrativa que, en su opinión, debe suponer escoger la opción más recomendable en su conjunto, no exclusivamente en función de las consideraciones medioambientales. La crítica de la parte recurrente se basa en las siguientes consideraciones de la Sentencia impugnada:

" **SÉPTIMO**.- Procede añadir a lo expuesto que, según el estudio de impacto ambiental, la justificación y objetivos del proyecto que se mencionan son los del deficiente estado actual del firme de la carretera, la creación de una banda peatonal paralela a la carretera, la recuperación de la duna terciaria interrumpida por el actual trazado entre la playa de Oyambre y la parte alta del campo de golf y definir los aparcamientos reordenando el de la playa de Oyambre.

Aspectos todos ellos que no pueden considerarse necesarios para la gestión del lugar o necesarios para evitar el deterioro del lugar a excepción de la recuperación de la duna terciaria.

De lo que se deriva que la alternativa elegida que es la 2b que lleva consigo la variante Este -menos ligada al arroyo pero con mayor afección sobre la saucedada- que tiene como finalidad recuperar un tramo de carretera sobre la duna terciaria -hábitat de interés del anexo I de la Directiva 92/43/CEE- y se construye sobre otro hábitat de interés que es el carrizal o humedal de Los Llaos con una serie de características de permeabilidad territorial y unos valores de densidad de especies y número de individuos que se van a perder con la finalidad de recuperar la otra área que considera de mayor interés por pertenecer al anexo I de la directiva mencionada, no estaría debidamente justificada.

La ponderación estudiada de los valores medioambientales en juego no es la correcta pues lo cierto es que si bien se ha puesto como argumento de la alternativa 2b) elegida para el proyecto la recuperación de la duna terciaria, su recuperación total no puede llevarse a cabo mientras la duna sea parte del campo de golf como pone de manifiesto la demanda dado que dicho proyecto no consolida ni deja cerrado la recuperación total de la duna Zapedo ya que se limita a cambiar la trayectoria de la carretera antigua en cuanto afecta a la duna pero sin referencia alguna a la actividad pendiente de desarrollar para recuperar la vegetación de la duna, lo cual echa por tierra parte de la finalidad del proyecto y la justificación de la alternativa escogida 2b), lo que viene a justificar su ilegalidad y con ello la nulidad de pleno derecho del proyecto impugnado en lo que atañe a la modificación del trayecto de carretera y la construcción de la variante Este así como la reordenación del actual aparcamiento sobre la playa de Oyambre y construcción de la glorieta que coinciden con parte de las obras que han sido objeto de suspensión al estimarse parcialmente la medida cautelar solicitada." (fundamento de derecho séptimo)

Nada hay que objetar a la tesis expuesta en el motivo respecto a que la opción más recomendable debe contemplarse de una multiplicidad de perspectivas y no exclusivamente desde la medioambiental. Sin embargo, ello no obsta a que la Sala haya considerado que determinadas exigencias medioambientales, en particular la restauración de las dunas afectadas a las que se refiere, constituya un obstáculo insalvable a la legalidad de la decisión administrativa. Por ello ha de fracasar también este motivo.

SÉPTIMO .- Conclusión y costas.

De acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho segundo, ha lugar al motivo de casación primero, desestimándose la causa de inadmisión del recurso contencioso administrativo *a quo* relativa a la falta de agotamiento de la vía administrativa previa.

Se desestiman los restantes motivos de casación por las razones explicadas en los fundamentos tercero y siguientes, por lo que no ha lugar al recurso de casación. En atención a las dudas de derecho existentes y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción y habida cuenta de la estimación del motivo de casación primero, no se imponen las costas causadas en el recurso de casación.

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria contra la sentencia de 31 de octubre de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el recurso contencioso- administrativo 582/2010 , en cuanto al primer motivo.

2. Desestimar la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía administrativa en cuanto al recurso contencioso- administrativo interpuesto por Ecologistas en Acción contra las resoluciones administrativas



relativas al proyecto de mejora de la carretera de la ría del Capitán a San Vicente de la Barquera objeto del mismo.

3. No ha lugar a los motivos de casación segundo a sexto del referido recurso de casación.

4. Confirmar la sentencia objeto de recurso.

5. No imponer las costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.- Diego Cordoba Castroverde.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CENDO