



Roj: **STS 1073/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1073**

Id Cendoj: **28079130052014100070**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **13/03/2014**

Nº de Recurso: **3933/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1445/2010,**
STS 1073/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil catorce.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 3933/2011 interpuesto por el Procurador D. Jorge Deleito García en representación de la entidad CLUB LANZAROTE, S.A. contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, de 23 de julio de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 219/2007. Se ha personado en las actuaciones como parte recurrida la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, representada y defendida por el Letrado de su Servicio Jurídico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, dictó sentencia con fecha 23 de julio de 2010 (recurso 219/2007) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Club Lanzarote, S.A. contra el decreto 325/2007, de 7 de agosto, del Gobierno de Canarias, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de 17 de octubre de 2006 relativo a la aprobación de la propuesta de nuevas áreas para su designación como Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA).

SEGUNDO.- Dicha sentencia, tras identificar en su fundamento jurídico primero el objeto del recurso, en el fundamento segundo hace un resumen de las cuestiones suscitadas y argumentos de impugnación aducidos por la sociedad demandante, en los siguientes términos:

<< (...) SEGUNDO.- Así las cosas, los motivos por los que la entidad actora, cuya legitimación deriva de su condición de promotora del Plan Especial del Centro de Interés Turístico Nacional "Montaña Roja", en cuanto afectada por la ZEPA "Llanos de la Mareta y Cantil del Rubicón" en la isla de Lanzarote, son, en lo sustancial y siguiendo el orden en el que se incluyen en el escrito de demanda, los siguientes:

1º) Por arbitrariedad en la decisión e insuficiente motivación en razón a la metodología empleada para la designación de la ZEPA "Llanos de la Mareta y Cantil del Rubicón".

Se advierte, al respecto, sobre la ausencia de evidencias científicas, de informes o documentos técnicos de que la zona cuenta con valores dignos de protección, y, en definitiva, a que se trata de una declaración del territorio como ZEPA pese a falta la evaluación sobre el habitat.

La conclusión de la parte es "(...) la manifiesta insuficiencia de los documentos que existen en el expediente para justificar la designación de la ZEPA. No es solo que falta constancia de avistamientos o cualquier otra

evidencia científica de la existencia de especies protegidas. Es que la propia ficha está reiterando que no se dispone de información sobre la localización de aves dignas de protección en el perímetro de la ZEPA".

En relación con esto se puntualiza que no existe el menor indicio de motivación de la delimitación de la zona o de la existencia de especies dignas de protección para lo cual era precisa una evaluación compleja, con vulneración del artículo 54 de la LRJPAC y que la actuación administrativa, en ausencia de esos datos científicos, ha incurrido en arbitrariedad.

2º) Por ser improcedente la propuesta de ZEPA al recaer sobre suelo urbanizable y vinculado a una determinada edificabilidad, que forma parte de la V Etapa del Centro de Interés Turístico Nacional Montaña Roja, respecto al cual las normas del Plan Insular contemplan para el Sistema General Insular, Deportivo Golf, en Montaña Roja, una edificabilidad máxima con destino deportivo de 1.000 m² y 0,6 m²/m², con destino a alojamiento turístico o residencial con una altura máxima de dos plantas.

3º) En el mismo sentido, por afectar a una zona que es suelo urbano consolidado por la urbanización, concretamente, la zona mas próxima a la costa.

El razonamiento de la parte es común a estos dos motivos: la creación de una ZEPA no tiene sentido en un suelo urbanizable con licencia de obras en tramitación, y menos aún en suelo urbano consolidado por la urbanización en el que sería inviable la protección propia de las ZEPAS.

4º) Por incongruencia del Acuerdo al no resolver sobre la compatibilidad con los usos permitidos y sostener que dicha función corresponderá al planeamiento que se apruebe en el futuro, lo cual supone decir que el acto no produce efectos jurídicos en relación a la propiedad, pese a que la designación de un ámbito territorial como ZEPA obliga a tomar medidas para evitar la contaminación o deterioro de los habitats, así como las perturbaciones, lo que va a condicionar los usos del suelo, de forma que el régimen de protección y, por tanto, la limitación de usos se produce desde la declaración del área como ZEPA.

5º) Por vulneración del procedimiento para la propuesta en cuanto al trámite de información pública y acceso al expediente toda vez que la entidad actora solicitó la documentación de dicho expediente, entre ellas los informes y el resto de las alegaciones, sin que nunca le fuese facilitada.

Junto con estos motivos de impugnación se incluye otro referido a que la propuesta de designación del área como ZEPA sería plenamente compatible con el uso deportivo de parte de dicha zona, lo cual, en realidad, no es un motivo de impugnación de la declaración sino de las consecuencias en el planeamiento futuro derivadas de la propuesta aprobada>>.

El fundamento tercero de la sentencia concreta más la delimitación de la controversia señalando que

<<En cualquier caso, los motivos de impugnación del Acuerdo vienen referidos a una ZEPA de las propuestas: la identificada como ES0000351 "Llanos de la Mareta y Candil del Rubicón", en el término municipal de Yaiza, por lo que el examen de la Sala debe entenderse en relación con dicho particular del Acuerdo recurrido, y, en el mismo sentido, la pretensión de nulidad debe entenderse referida a esta ZEPA>>.

En respuesta a las alegaciones de la demandante sobre defectos de procedimiento, el fundamento tercero de la sentencia expone las siguientes razones:

<< (...) comenzando por el procedimiento, simplemente decir que no existía en la fecha procedimiento autonómico para designación de Áreas propuestas para ZEPA, por lo que habrá que estar al cumplimiento de la legislación básica del procedimiento administrativo, y, en el caso, consta que se respetó el procedimiento de información pública, que incluso fue repetido en cuanto a la isla de Fuerteventura.

En este sentido, en los Antecedentes del Acuerdo se señala que la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias, con el objetivo de alcanzar el nivel de cumplimiento de la Directiva 79/409/CEE, del Consejo, relativa a la conservación de las aves silvestres, ha elaborado una adecuación de algunos espacios designados zona de especial protección para las aves (ZEPA) o la designación de nuevas áreas ZEPA, habida cuenta de la hasta ahora insuficiente designación de áreas ZEPA en Canarias, que ya había sido puesta de manifiesto por la Comisión Europea.

La propuesta de estas áreas ha sido remitida a los distintos Cabildos Insulares para que expresasen su opinión, así como ha sido expuesta a información pública durante el plazo de un mes, mediante publicación del correspondiente anuncio en el Boletín Oficial de Canarias nº 234, de 1 de diciembre de 2004. Se han analizado las alegaciones recibidas al efecto.

Posteriormente, se sometió a información pública por otro plazo de un mes, mediante publicación del anuncio en el Boletín Oficial de Canarias nº 77, de 21 de abril de 2006, un nuevo documento referido exclusivamente



a la isla de Fuerteventura que contenía importantes modificaciones respecto de la propuesta anteriormente expuesta en información pública e igualmente se analizaron las alegaciones presentadas.

Del resultado de la consulta institucional, así como de la valoración de las alegaciones presentadas por particulares y entidades en sendos trámites de información pública, se redacta la presente propuesta objeto de este acuerdo.

Al margen de que la entidad actora no haya tenido oportunidad de tener a su disposición la documentación del expediente, no se constata indefensión material alguna, más cuando puede, en vía de recurso contencioso-administrativo, explicar, a la vista del expediente, en que concretas informes o alegaciones que no pudo conocer se produjo esa indefensión, o que razones, a la vista del expediente, iba a invocar para dejar sin efecto la propuesta del Gobierno>>.

En cuanto a la relación y compatibilidad de la propuesta de designación impugnada con las determinaciones del planeamiento urbanístico, la Sala de instancia expone, en el fundamento cuarto de la sentencia, las siguientes consideraciones:

<< (...) CUARTO. Por lo demás, en cuanto a los motivos referidos a la clasificación, categorización o calificación de determinado ámbito espacial como excluyentes de la designación como Zona de Especial Protección de Aves, en modo alguno puede sostenerse que el planeamiento condicione o limite la designación de ZEPAS.

Como es sabido, las Zonas de Especial Protección de Aves, que forman parte de la Red **Natura 2000**, formada por las Zonas de Especial Protección de Aves (ZEPA) que se declaran en aplicación de la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril, de Conservación de las Aves Silvestres, y por las Zonas de Especial Conservación (ZEC).

En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas deja claro que los artículos 3 y 4 de la Directiva obligan a los Estados miembros a preservar, mantener y restablecer los habitats en tanto que tales, debido a su valor ecológico.

Por tanto, el objetivo de la Directiva, esto es, la obligación de garantizar una diversidad y una superficie suficiente de habitats no puede verse condicionada por la clasificación, categorización, calificación y régimen de usos del suelo en el planeamiento vigente como parece desprenderse de la tesis propuesta por la parte actora, lo que significa que, en el caso, la clasificación del suelo como urbanizable, su destino a Sistema General insular, o la clasificación y categorización como urbano consolidado de otra parte (la mas próxima a la costa) no constituyen obstáculo o impedimento a la declaración del área como ZEPA en cuanto no excluyen la obligación del Estado (y de la Comunidad Autónoma de Canarias conforme al reparto interno de competencias) de tomar las medidas necesarias para la conservación de las especies enumeradas en el Anexo 1º de la Directiva y de las especies migratorias>>.

Por último, el fundamento quinto de la sentencia expone las razones por las que la propuesta de designación de zonas debe considerarse motivada y justificada. Lo explica la Sala de instancia del modo siguiente:

<< (...) QUINTO. Ya en cuanto a los motivos referidos a la falta de motivación de la decisión y a la arbitrariedad de la actuación administrativa, cabe decir, en principio, que la propuesta de ZEPA se realizó sobre espacios previamente declarados como "Áreas importantes para las aves" (IBAS) por la Comisión Europea en base a los datos recogidos en los Inventarios realizados por la SEOBird/life en 1.989 (IBA 89) y 1998 (IBA 98).

Precisamente, la comunicación de la Comisión al Reino de España (carta de emplazamiento a la que hicimos alusión en el Primer Fundamento) se basaba en la lista de áreas importantes para las aves (IBAS) no designadas como ZEPAS en España, o parcialmente designadas, confeccionada dichas listas a partir de los datos recogidos en los Inventarios IBA 89 e IBA 98 de la SEOBird/life.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dejado claro que el inventario IBA, pese a no ser vinculante, puede ser utilizado, por su valor científico reconocido, como base de referencia para la definición de los territorios más adecuados que deben ser clasificados como ZEPA en cumplimiento del artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE .

En este sentido, la *sentencia del Tribunal de 28 de junio de 2.007 (Asunto C- 235/04 Comisión contra España)*....
[...].

Dicha jurisprudencia es plenamente aplicable al caso examinado en el que la delimitación, en cuanto a superficie, de la ZEPA "Llanos de la Mareta y el Candil del Rubicón", se lleva a cabo para su coincidencia con el inventario IBA, el cual, como vimos, pese a no ser vinculante, puede ser utilizado, por su valor científico reconocido, como base de referencia para la definición de los territorios más adecuados que deben ser clasificados como ZEPA en cumplimiento de la Directiva 79/409.



En definitiva, el Inventario fue utilizado por la Comunidad Autónoma de Canarias como criterio de referencia, por su valor científico, para la declaración del área como ZEPA, y, por tanto, no existe arbitrariedad ni falta de motivación en la decisión.

Más aún, el propio informe pericial de parte no excluye la existencia de evidencias científicas e incluso reconoce expresamente la existencia de especies significativas, poniendo especial énfasis en la compatibilidad de la conservación de su habitats con el campo de golf proyectado para la zona, lo cual no hace más que reconocer la acertada propuesta de declaración del área como ZEPA, al margen de las previsiones del planeamiento para conciliar la protección del habitat y la ordenación territorial y urbanística, lo cual constituye una cuestión ajena al proceso en el que no se examina la legalidad de ningún instrumento de ordenación>>.

Por todo ello, la sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- La representación procesal de Club Lanzarote, S.A. preparó recurso de casación contra dicha sentencia y luego formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 2 de septiembre de 2011 en el que, después de exponer los antecedentes del caso, aduce cuatro motivos de casación, los tres primeros al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, y el cuarto, que aunque nominalmente viene referido a ese mismo apartado, debe entenderse formulado por el cauce del artículo 88.1.c/ de la misma Ley . El enunciado y contenido de los motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Infracción de los artículos 1 , 3 , 5 , 11 y 16 de la Ley 27/2006 de 18 de julio , de participación ciudadana, y jurisprudencia que interpreta los derechos de información en materia medioambiental. Frente a la alegación de la demandante de que en la tramitación del expediente administrativo se había vulnerado el derecho a la información de los interesados, el tribunal sentenciador sostiene una interpretación "meramente formulista", pues en la información pública no se contestó a las alegaciones y alternativas de la aquí recurrente.

2.- Vulneración de los artículos 9.3 de la Constitución y 54.1.e) y f) de la Ley 30/1992 , por falta de justificación científica y motivación de la declaración de ZEPA. Aduce la recurrente que la ZEPA cuestionada carece de motivación, pues no se identifican los estudios o criterios ornitológicos que se han seguido para determinar el área propuesta; y que el inventario de IBA no puede invertir la carga de la prueba cuando de la propia ficha de la ZEPA resulta que no hay una evidencia clara de la presencia de aves que proteger.

3.- Infracción del artículo 9.3 de la Constitución , al confirmar la sentencia una delimitación arbitraria de la ZEPA. Según la recurrente la sentencia no lleva a cabo un análisis de la cuestión suscitada en el proceso de instancia, donde se afirmaba la inviabilidad de la ZEPA por recaer ésta sobre suelo urbanizable e incluir terrenos que el planeamiento destina a sistema general insular deportivo (para los que la recurrente tenía solicitada licencia para construir un campo de golf). En fin, según la recurrente la sentencia no se pronuncia sobre la posibilidad de compatibilizar el uso de campo de golf con la ZEPA, ni se cita en la sentencia norma que impida dicha compatibilidad.

4.- Infracción de las normas reguladora de la sentencia por incurrir la sentencia recurrida en incongruencia al examinar el argumento sobre la compatibilidad de la ZEPA con el campo de golf proyectado. La sentencia da respuesta a un argumento distinto al planteado en la demanda, y, en cambio, deja sin resolver la cuestión suscitada en la demanda, donde se alegaba la vulneración de los artículos 89.2 y 113.3 de la Ley 30/1992 porque el acuerdo de aprobación impugnado incurría en incongruencia al no resolver las alegaciones formuladas por la recurrente en vía administrativa que se referían a una compatibilidad que, además, estaba avalada por todas las pruebas practicadas.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia que case la sentencia recurrida y, en su lugar, se estime el recurso contencioso-administrativo en los términos solicitados en la demanda.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011 se acordó admitir a trámite el recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Quinta, de conformidad con lo dispuesto en las normas sobre reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Quinta, por diligencia de ordenación de 12 de diciembre de 2011 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalizase su oposición, lo que llevó a cabo el Letrado de la Comunidad Autónoma de Canarias mediante escrito presentado el 25 de enero de 2012 en el que, tras exponer los fundamentos de su oposición, solicita la desestimación del recurso de casación, con imposición de las costas a la recurrente.

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 11 de marzo de 2014, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas** ,



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 3933/2011 lo interpone la representación de la entidad Club Lanzarote, S.A. contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, de 23 de julio de 2010 (recurso 219/2007) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Club Lanzarote, S.A. contra el Decreto 325/2007, de 7 de agosto, del Gobierno de Canarias, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo del propio Gobierno de Canarias de 17 de octubre de 2006 relativo a la aprobación de la propuesta de nuevas áreas para su designación como Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA), en el marco de la Directiva 79/409/CEE, del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.

La mencionada Directiva 79/409/CEE, relativa a la conservación de las aves conocida por el nombre de Directiva Aves -que luego fue sustituida por la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009- obligaba a todos los Estados miembros de la Unión Europea a clasificar como Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) los territorios más adecuados en número y superficie para la conservación de las especies de aves incluidas en el Anexo I de dicha Directiva (175 especies).

Según explica el propio acuerdo del Gobierno de Canarias impugnado en el proceso de instancia, la propuesta de nuevas áreas de protección especial se dictó con el objetivo de alcanzar el nivel de cumplimiento de la Directiva 79/409/CEE, del Consejo, requerido por la Comisión Europea. El Ejecutivo comunitario había entendido insuficientes las anteriores designaciones de ZEPAS realizadas por España, entre otros, en el territorio de Canarias, y requirió su cumplimiento mediante Carta de emplazamiento SG (2000) D/100892 dirigida al Ministerio de Asuntos Exteriores en el expediente 1999/2212.

Han quedado reseñadas en el antecedente segundo las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación aducidos por la representación de Club Lanzarote, S.A., cuyos enunciados y contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- En el primer motivo de casación se alega, según vimos, la infracción de los artículos 1 , 3 , 5 , 11 y 16 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, así como de la jurisprudencia que interpreta los derechos de información en materia medioambiental. Aduce la recurrente que, frente a la alegación que se formulaba en la demanda de que en la tramitación del expediente administrativo se había vulnerado el derecho a la información de los interesados, el tribunal sentenciador da una respuesta "meramente formulista", pues en la información pública no se contestó a las alegaciones y alternativas de la aquí recurrente.

El motivo así planteado no puede ser acogido.

Por lo pronto debe notarse que aunque la sentencia recurrida no lo señala, y tampoco lo advirtió el decreto del Gobierno de Canarias de 7 de agosto 2007 -que abordó expresamente esta cuestión al resolver el recurso de reposición- los preceptos de la Ley 27/2006, de 18 de julio, no son aplicables al procedimiento en el que se dictaron la resolución aquí controvertida. Baste a tal efecto recordar que, según explica el acuerdo originario de aprobación de la propuesta de designación de ZEPAs de 17 de octubre de 2006, los dos periodos de información pública que hubo durante la tramitación se habían desarrollado en virtud de sendos anuncios publicados en el Boletín Oficial de Canarias con fechas 1 de diciembre de 2004 y 21 de abril de 2006, es decir, ambos con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 27/2006, de 18 de julio. Y si bien es cierto que la denegación de la documentación solicitada por la recurrente se produjo por resolución de la Viceconsejería de 7 de febrero de 2007, esto es, estando ya vigente la Ley 27/2006, de 18 de julio, tampoco en este punto resultaba aplicable dicha norma pues el procedimiento de elaboración de la propuesta de designación venía tramitándose desde fecha muy anterior al inicio de su vigencia, de manera que, a falta de una disposición transitoria específica en la propia Ley 27/2006, debe estarse al régimen transitorio común de la Ley 30/1992, en cuya virtud los cambios normativos en materia de procedimiento no son de aplicación a los procedimientos que ya estuviesen en curso al entrar en vigor la reforma (disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Por tanto, la norma que resulta aplicable no es la Ley 27/2006, que se invoca en el motivo de casación, sino la anterior Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, que no regula el derecho de participación pública y cuyas disposiciones en materia de acceso a la información son menos detalladas y exigentes con la Administración que las que luego introdujo la Ley 27/2006 que se cita como vulnerada



[baste señalar aquí que, así como la Ley 38/1995 tuvo en su día por objeto la incorporación al derecho español de las normas de la Directiva 90/313/CEE, del Consejo, de 7 de junio, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, porque ya en aquel momento resultaba insuficiente la regulación general contenida en la Ley 30/1992, la ulterior Ley 27/2006, de 18 de julio, supuso un paso más, incorporando al ordenamiento interno español las disposiciones de la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental -que derogó la Directiva 90/313/CEE- y de la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente. Estas dos directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE tenían por objeto, a su vez, incorporar de manera armonizada para el conjunto de la Unión las obligaciones correspondientes a los pilares de acceso a la información y de participación en los asuntos ambientales fijados en el Convenio de Aarhus de 25 de junio de 1998, que había sido firmado por la Unión Europea y todos sus estados miembros y que España había ratificado en diciembre de 2004, entrando en vigor el 31 de marzo de 2005].

Aun así, tanto la resolución de la Viceconsejería de 7 de febrero de 2007, que denegó el envío de la documentación solicitada por la recurrente, como el ulterior decreto del Gobierno de Canarias de 7 de agosto 2007, que desestimó el recurso de reposición, consideraron de aplicación en este caso la Ley 27/2006, de 18 de julio, y ambas resoluciones dieron razones para explicar que los derechos de la interesada no habían sido vulnerados. Así, la citada resolución de la Viceconsejería justificaba la denegación del envío de la documentación "... por ser la solicitud manifiestamente irrazonable y por afectar negativamente la revelación de la información solicitada a la protección de medio ambiente, en particular, a la localización de las especies amenazadas o a la de sus lugares de reproducción". En esas mismas razones abundó luego el decreto desestimatorio del recurso de reposición, donde se explica que "...la solicitud se consideró abusiva (o manifiestamente irrazonable), dado que no se limitó a solicitar documentos concretos, determinados o referidos a la propuesta de ZEPA que particularmente le pudiese afectar a sus derechos e intereses, sino que optó por instar que se le facilitase copia de todo el expediente en tramitación, que abarcaba documentación del conjunto de propuestas de nuevas ZEPA en toda la Comunidad Autónoma de Canarias, en un expediente singularmente complejo y voluminoso...", añadiendo el propio decreto que, además, "...en este caso, la revelación de la información solicitada podía afectar negativamente a cualquiera de los extremos específicamente relacionados con la protección del medio ambiente a los que se refería el expediente de nuevas ZEPA en la isla de Lanzarote. En particular, la que tenía que ver con la localización de las especies amenazadas o con la de sus lugares de reproducción". Y concluía el decreto su razonamiento del siguiente modo: "(...) Es decir, tratándose de un expediente de localización de nuevas áreas para su protección cautelar, con la consiguiente catalogación de ZEPA, resultaba vital proteger preventivamente dichos terrenos donde se asentaban las especies objeto de protección"; y ello porque "...la propuesta de área ZEPA ES0000351 "Llanos de la Mareta y cantil del Rubicón" aprobada.

Tales explicaciones las daba la Administración actuante para justificar la denegación de la documentación solicitada atendiendo a los supuestos de denegación de información contemplados en la Ley 27/2006, de 18 de julio (artículos 3.1.f /, 13.1.b /, 13.2.h/), que, como hemos visto, la propia Administración consideraba aplicable. Pero resultan igualmente suficientes para justificar la denegación de conformidad con lo previsto en los artículos 3.1.i / y 3 . 3 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre , que, según hemos visto, es la que en realidad resulta aquí de aplicación.

En cuanto a la alegada vulneración del derecho de participación pública en la tramitación del procedimiento, ante todo debemos insistir en que los preceptos de la Ley 27/2006, de 18 de julio, que en el motivo de casación se citan como infringidos (en particular, los artículos 5.3 y 16.1b /) no son en realidad de aplicación en este caso; y ello por las razones que ya hemos explicado. Por lo demás, la sentencia recurrida explica que, aparte de la información recabada de los distintos Cabildos Insulares, la propuesta de designación fue sometida a información pública en dos ocasiones, la segunda de ellas referida exclusivamente a la isla de Fuerteventura y debido a las modificaciones que se habían introducido durante la tramitación. Así las cosas, y careciendo de respaldo el alegato de la recurrente de que las alegaciones formuladas por los interesados no fueron siquiera analizadas, el motivo de casación debe ser desestimado también en este punto.

TERCERO.- En el motivo de casación segundo se alega la vulneración de los artículos 9.3 de la Constitución y 54.1 .e/ y f/ de la Ley 30/1992 , por falta de justificación científica y motivación de la declaración de ZEPA. Aduce la recurrente que la ZEPA cuestionada -recordemos que la controversia se centra en la ZEPA identificada como ES0000351 "Llanos de la Mareta y Candil del Rubicón", en el término municipal de Yaiza- carece de motivación pues no se identifican los estudios o criterios ornitológicos que se han seguido para determinar el área propuesta; y se alega también que el inventario de IBA no puede invertir la carga de la prueba cuando de la propia ficha de la ZEPA resulta que no hay una evidencia clara de la presencia de aves que proteger.



En la fundamentación de la sentencia recurrida, que antes hemos dejado reseñada la Sala de instancia asume el criterio de la Comisión Europea, expresado en la carta de emplazamiento a España, así como el contenido en el sentencia de 28 de junio de 2007 (asunto C 235/2004), de los cuales resulta, en definitiva, que es posible y correcto utilizar las listas de áreas importantes para las aves (IBAS) para la delimitación de las ZEPAs en ausencia de estudios científicos que puedan rebatir sus datos.

Como allí se explica, la Comisión Europea había incoado un expediente de oficio contra España, registrado con el nº 99/2212, por incumplimiento de la Directiva Aves por la transposición incorrecta de la Directiva; y procedió en la forma establecida en el artículo 226 del Tratado (en la numeración correspondiente al momento), requiriendo de cumplimiento al Estado español, a través del Ministro, mediante Carta de 26 de enero de 2000. Dicha actuación se inscribe en lo que se denomina la fase administrativa o pre-contenciosa del recurso por incumplimiento previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En ese requerimiento la Comisión recuerda que corresponde a los Estados miembros identificar los territorios a designar como ZEPAS sobre la base de los criterios ornitológicos recogidos en los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la Directiva (apartado 17 de la carta de emplazamiento). También indica que desde los años 80 la Comisión ha reunido datos técnicos detallados, elaborados según criterios científicos, en los territorios importantes, por lo que está en condiciones de determinar si los Estados miembros se ajuntan convenientemente a sus obligaciones de clasificación de ZEPAS. A continuación se refiere a los inventarios IBAS (Lista de áreas importantes para las aves), en los siguientes términos:

<< (...) en 1989, el Grupo europeo retornó dicha lista [se refiere a la denominada lista SFF3 realizada por encargo de la Comisión] para la conservación de los hábitats, en colaboración con el Consejo internacional para la conservación de las aves que, en cooperación con la Comisión, realizó el Inventario *Important Bird Areas in the European Community* (zonas ornitológicas importantes en la Comunidad Europea), inventario IBA 89, cuyo principal objetivo es proporcionar a los Estados un instrumento útil para la aplicación de la Directiva 79/409/CEE, y en particular de su artículo 4 >> (apartado 19).

La Comisión recuerda que no considera que el inventario IBA 89 represente un instrumento jurídico obligatorio, en virtud del cual los Estados miembros se verían obligados a clasificar como ZEPA todos los lugares que se enumeran y aclara que los Estados miembros se benefician de un determinado margen de apreciación para determinar los territorios que responden mejor a las exigencias enumeradas en el artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE.

No obstante, y tras expresar que la evaluación ha de basarse exclusivamente en criterios científicos ornitológicos, la Comisión estima que para el caso de España el inventario IBA 89, completado en la actualidad por el Inventario IBA 98 (publicado en noviembre de 1998 por SEO/BirdLife), supone la referencia más documentada y más precisa entre las disponibles para la definición de los territorios más apropiados para la conservación y en particular para la supervivencia y la reproducción de las especies importantes. Eso se debe al hecho de que este inventario se basa en criterios ornitológicos equilibrados que permiten indicar cuáles son los lugares más convenientes efectivamente para garantizar la conservación de todas las especies contempladas en el Anexo I y otras especies migratorias (apartado 20).

Señala también la Comisión que el Tribunal de Justicia ha reconocido que este inventario, aun no siendo de estricto y obligado cumplimiento, puede, debido a su valor científico reconocido, ser utilizado como base de referencia para la definición de los "territorios más apropiados" que deben ser clasificados como ZEPA de acuerdo con el artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE . En ese sentido, en el apartado 25 de la carta de emplazamiento la Comisión considera que es totalmente pertinente referirse a dichos inventarios para comprobar si el Reino de España se ha conformado a la obligación de clasificar los territorios más relevantes, en número y en superficie, para garantizar la conservación de las especies en cuestión.

Y cierra la Comisión su reflexiones acerca de los inventarios (el IBA 89, revisado en 1992, y el actualizado por la SEO/Birdlife en 1998) declarando que en ausencia de prueba científica en contrario los lugares que figuran en los IBA 89 y su revisión de 1992 e IBA 98 deben considerarse como territorios que son esenciales para la conservación de las especies enumeradas en el anexo I y de las otras especies migratorias, y que deberían pues clasificarse como ZEPAS de acuerdo con los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE .

Estas opiniones fundadas de la Comisión desvirtúan por sí solas los razonamientos de la recurrente, que no se cohonestan ni con la Directiva Aves y mucho menos con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la que el motivo de casación hace una cita fragmentaria que ofrece una visión limitada y sesgada del criterio del Tribunal sobre los inventarios IBAs.

En relación con lo anterior es oportuno recordar aquí -como ya hicimos en nuestra sentencia de 5 de julio de 2012 (casación 1783/2010)- la sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 2ª, de 28 de junio de 2007 , nº



C-235/2004, que condena a España por infringir la Directiva Aves al no haber clasificado como zonas de protección especial (ZEPA) suficientes territorios en atención al Inventario ornitológico publicado en 1998 (IBA 98). Se da la circunstancia añadida de que el recurso por incumplimiento tiene por origen el mismo procedimiento y requerimiento de la Comisión que dio lugar, en lo que se refiere al territorio de Canarias, a que se efectuasen nuevas designaciones de ZEPAS aquí controvertidas.

Es importante destacar que en dicho recurso por incumplimiento el Gobierno español se opuso a que se emplease el IBA 98, planteamiento en alguna medida coincidente con la tesis de la entidad aquí recurrente, que, como hemos visto, rechaza la validez de dicho inventario por su falta de actualización.

Entendía el Gobierno español que el IBA 98 no tenía el mismo valor que el *Inventory of Important Bird Areas in the European Community* (Inventario de las Áreas Importantes para la Avifauna en la Comunidad Europea) publicado en 1989 (IBA 89) ya que, al no haber sido encargado ni supervisado por la Comisión, la exactitud de sus resultados no estaba garantizada. En ese sentido, el Gobierno español alegaba que el IBA 98 había sido elaborado exclusivamente por iniciativa de la Sociedad Española de Ornitología (también, "SEO/Birdlife"), que había decidido modificar unilateralmente el IBA 89 para incrementar el número y la superficie de zonas que deben ser protegidas en España, añadiendo que ninguna Administración Pública competente en materia medioambiental supervisó la elaboración de dicho Inventario para garantizar la precisión y veracidad de sus datos. Por ello entendía que era imposible justificar o comprobar el aumento en número, y sobre todo en superficie, de las nuevas zonas que deben ser protegidas según el IBA 98 en comparación con las del IBA 89. También indicaba el Gobierno español que la utilización de datos incompletos en el IBA 98 no permitía delimitar correctamente las zonas de interés para la conservación de las aves, de manera que los criterios empleados para delimitar las ZEPA eran incorrectos, de escaso significado ornitológico y no conformes con la Directiva 79/409. En consecuencia, el Gobierno español sostenía que la delimitación realizada por SEO/Birdlife de las zonas que deben protegerse presentaba graves carencias, debido a la ausencia de referencias bibliográficas y a la mala calidad de la información utilizada, que no responde a la exigible a un trabajo científico.

Pues bien, el Tribunal de Justicia rechazó las alegaciones del Gobierno de España por las siguientes razones:

<< (...) 23. Con carácter preliminar, procede recordar que el artículo 4 de la Directiva 79/409 establece un régimen dotado de un objetivo específico y reforzado, tanto para las especies enumeradas en el anexo I como para las especies migratorias, que está justificado por el hecho de que se trata, respectivamente, de las especies más amenazadas y de las especies que constituyen un patrimonio común de la Comunidad (sentencia de 13 de julio de 2006, Comisión/Portugal, C-191/05, Rec. p. I-6853, apartado 9 y jurisprudencia citada). Además, del noveno considerando de esta Directiva resulta que la preservación, el mantenimiento o el restablecimiento de una diversidad y de una superficie suficiente de hábitats son indispensables para la conservación de todas las especies de aves. Por consiguiente, los Estados miembros están obligados a tomar las medidas necesarias para la conservación de dichas especies.

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

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

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

Rec. p. I-3031, apartados 68 a 70, y de 20 de marzo de 2003, Comisión/Italia, C-378/01, Rec. p. I-2857, apartado 18).

27. Procede señalar que el IBA 98 contiene un inventario actualizado de las zonas importantes para la conservación de las aves en España que, a falta de pruebas científicas contrarias, constituye un elemento de referencia que permite apreciar si este Estado miembro ha clasificado como ZEPA territorios suficientes, en



número y en superficie, para ofrecer una protección a todas las especies de aves enumeradas en el anexo I de la Directiva 79/409, así como a las especies migratorias no contempladas en dicho anexo>> .

Esas consideraciones del Tribunal de Justicia son enteramente trasladables al caso que nos ocupa. Por tanto, en ausencia de pruebas científicas en contra, los inventarios IBA, por su valor científico, pueden ser utilizados como criterios esenciales para la conservación de los grupos de aves a que se refiere la Directiva y clasificarse como ZEPAS de acuerdo con los apartados 1 y 2 de su artículo 4.

A todo ello cabe añadir que, como ya tuvimos ocasión de señalar en la sentencia ya citada de 5 de julio de 2012 (casación 1783/2010) referida al mismo procedimiento de designación de ZEPAS que ahora nos ocupa, en el expediente en el que se dictó el acuerdo del Gobierno de Canarias se contó con la información científica actualizada del Banco de Datos de Biodiversidad de Canarias, cuyos datos cuentan con georeferenciación; en el informe sobre las alegaciones formuladas se indica que la información que accede al Banco de Datos requiere de una validación científica; y, en fin, el propio informe se pronuncia sobre la validez temporal de los datos, en los siguientes términos: << (...) Los datos que se utilizan en el análisis para la designación de áreas ZEPA se corresponden a citas posteriores a 1969 (datos recientes). Este hecho no implica la caducidad de la información, puesto que al estar referidos en su práctica totalidad a territorios escasamente modificados, la biota presente no sufre alteraciones significativas en un periodo geológica y biológicamente reducido, como pueden ser tres o cuatro décadas; como ejemplo sirva que áreas donde se ha citado el pino canario hace cincuenta años y que no han sufrido modificaciones significativas (aún cuando el territorio pueda haber albergado algunos usos) siguen presentando una distribución saludable de esa especie, así como de otras ligadas al ecosistema del pinar. Debido a los ciclos biológicos y la temporalidad en la distribución de las especies, el estudio específico podría ser de menor validez que la información del Banco de Datos de Biodiversidad, ya que recoge información por cuadrícula en un periodo de tiempo largo>>.

Así las cosas, carece de rigor la tesis de la recurrente de que la delimitación de ZEPAS propuesta no está justificada por no haberse llevado a cabo estudios específicos adecuados, pues la designación se ha llevado a cabo utilizando criterios científicos ornitológicos, mediante la utilización de la Lista de áreas importantes para las aves (IBAs) y teniendo en cuenta también el Banco de Datos de la Biodiversidad de Canarias; sin perjuicio de que, desde luego, no nos corresponde decidir aquí si las designaciones efectuadas son suficientes en número y superficie para dar cumplimiento a la Directiva Aves.

CUARTO.- En el motivo de casación tercero se alega la infracción del artículo 9.3 de la Constitución, al confirmar la sentencia una delimitación arbitraria de la ZEPA. Según la recurrente la sentencia no lleva a cabo un análisis de la cuestión suscitada en el proceso de instancia, donde se afirmaba la inviabilidad de la ZEPA por recaer ésta sobre suelo urbanizable e incluir terrenos que el planeamiento destina a sistema general insular deportivo (para los que la recurrente tenía solicitada licencia para construir un campo de golf). En fin, según la recurrente la sentencia no se pronuncia sobre la posibilidad de compatibilizar el uso de campo de golf con la ZEPA, ni se cita en la sentencia norma que impida dicha compatibilidad.

El contenido de este motivo de casación tercero en alguna medida se solapa con el del motivo cuarto, al que nos referiremos a continuación, pues aunque se aduce la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución (interdicción de la arbitrariedad), por haber confirmado la sentencia una delimitación de la ZEPA que se tacha de arbitraria, en el motivo también se denuncia que la sentencia no entra a examinar la cuestión suscitada en el proceso de instancia; y es en este punto relativo a la incongruencia de la sentencia donde se advierte ese solapamiento con lo alegado en el motivo cuarto.

Prescindiendo entonces de esa vertiente relativa a la incongruencia de la sentencia, que, por lo demás, no tiene cabida en un motivo formulado al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, el motivo tercero que ahora examinamos queda en realidad privado de consistencia, pues se basa en una premisa que no se corresponde con lo afirmado en la sentencia e incluso la contradice abiertamente. En efecto, el planteamiento de la recurrente consiste en afirmar que la sentencia incurre en arbitrariedad por haber confirmado una delimitación de la ZEPA que es arbitraria. Pues bien, la sentencia recurrida señala justamente lo contrario, esto es, que la delimitación de la ZEPA, lejos de resultar arbitraria, se encuentra debidamente justificada; y ello por las razones a las que ya nos hemos referido en el apartado anterior.

QUINTO.- Por último, en el motivo de casación cuarto se alega la infracción de las normas reguladoras de la sentencia por haber incurrido la sentencia de instancia en incongruencia al examinar el argumento sobre la compatibilidad de la ZEPA con el campo de golf proyectado. Según la recurrente, la sentencia da respuesta a un argumento distinto al que había sido planteado, y, en cambio, deja sin resolver la cuestión suscitada en la demanda, donde se alegaba la vulneración de los artículos 89.2 y 113.3 de la Ley 30/1992 porque el acuerdo de aprobación impugnado incurría en incongruencia, al no resolver las alegaciones formuladas por la recurrente



en vía administrativa que se referían a una compatibilidad que, además, estaba avalada por todas las pruebas practicadas.

Ante todo debe notarse que aunque en el encabezamiento del motivo se dice que este se formula al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, debe entenderse que es un error y que, en realidad, se trata de un motivo formulado por el cauce del artículo 88.1.c/ de la misma Ley. Así resulta del escrito de preparación del recurso de casación, que invocaba expresamente el artículo 88.1.c/, y, sobre, todo, del propio enunciado o encabezamiento del motivo de casación que se formula en el escrito de interposición del recurso, pues al señalar de forma literal la infracción de las normas reguladores de la sentencia por incurrir la recurrida en incongruencia, está inequívocamente aludiendo, aun sin mencionarlo, al artículo 88.1.c/.

Hecha esa puntualización, queda desde ahora anticipado que el motivo ha de ser desestimado.

Ante todo debe notarse que en el suplico de la demanda no se pedía un pronunciamiento sobre la compatibilidad de la ZEPA con el campo de golf, sino, sencillamente, la declaración de nulidad del decreto impugnado en lo que se refiere a la ZEPA "Llanos de la Mareta y Candil del Rubicón". Pues bien, la Sala desestima la pretensión de la demandante señalando, entre otras razones, que la clasificación y la calificación que el planeamiento urbanístico tenga asignada a los terrenos no es obstáculo para la inclusión de éstos en la ZEPA si concurren circunstancias que así lo justifican.

No es cierto, por tanto, que la sentencia recurrida haya dejado sin resolver una cuestión sometida a su consideración. El relativo a la clasificación y calificación que tenían los terrenos era uno de los argumentos de impugnación esgrimidos por la demandante para combatir la inclusión de tales terrenos en la ZEPA; y a ello da respuesta la Sala de instancia explicando que el objetivo de la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril, supone la obligación de garantizar una diversidad y una superficie suficiente de habitats y que la efectividad de esa obligación "...no puede verse condicionada por la clasificación, categorización, calificación y régimen de usos del suelo en el planeamiento vigente como parece desprenderse de la tesis propuesta por la parte actora...". Por ello la Sala de instancia concluye que las citadas determinaciones urbanísticas "...no constituyen obstáculo o impedimento a la declaración del área como ZEPA en cuanto no excluyen la obligación del Estado (y de la Comunidad Autónoma de Canarias conforme al reparto interno de competencias) de tomar las medidas necesarias para la conservación de las especies enumeradas en el Anexo 1º de la Directiva y de las especies migratorias" (fundamento cuarto de la sentencia).

Más adelante, en el último párrafo del fundamento quinto, la sentencia de instancia deja señalado que "...el propio informe pericial de parte no excluye la existencia de evidencias científicas e incluso reconoce expresamente la existencia de especies significativas, poniendo especial énfasis en la compatibilidad de la conservación de su habitats con el campo de golf proyectado"; y concluye la Sala de instancia señalando que esta apreciación del perito "...no hace más que reconocer la acertada propuesta de declaración del área como ZEPA, al margen de las previsiones del planeamiento para conciliar la protección del habitat y la ordenación territorial y urbanística, lo cual constituye una cuestión ajena al proceso en el que no se examina la legalidad de ningún instrumento de ordenación".

Vemos así que la sentencia recurrida no ha incurrido en incongruencia alguna, pues lo único que elude es el enjuiciamiento de las determinaciones del planeamiento urbanístico, que ciertamente no eran objeto de litigio.

En consecuencia, el motivo de casación debe ser desestimado.

SEXTO.- Por todo ello, debe declararse no haber lugar al recurso de casación. Ello comporta la imposición de las costas a la parte recurrente, según establece el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; si bien, como permite el apartado 3 del mismo artículo, atendiendo a la índole del asunto y a la actividad desplegada por la parte recurrida al oponerse al recurso de casación, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de cuatro mil euros (4.000 €) por el concepto de honorarios de representación y defensa de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación nº 3933/2011 interpuesto por la entidad CLUB LANZAROTE, S.A. contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, de 23 de julio de 2010 (recurso contencioso-administrativo 219/2007), con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente con el límite señalado en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia.



Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **PUBLICACION.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en audiencia pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ