

Roj: STS 5294/2011
Id Cendoj: 28079130052011100470
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 3796/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil once.

La Sala Tercera de este Tribunal Supremo ha conocido, con la composición reseñada al margen, de recurso de casación contra sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias; fue dictada el 30 de Mayo de 2.007 , en autos del recurso contencioso administrativo nº 114/2.003 .

El recurso extraordinario de casación ha sido interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de la entidad «**Producciones eléctricas S.A. (Proelsa)** », siendo partes recurridas la **Comunidad Autónoma de Cantabria**, representada y defendida por don Ignacio Argos Linares y la **Administración General del Estado** , representada y defendida por el Abogado del Estado; resultando los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha conocido del recurso número 114/2.003 , promovido por la representación de la entidad «Producciones Eléctricas S.A. (Proelsa)», contra la Administración del Estado (Confederación Hidrográfica del Norte), representada por el Abogado del Estado, y contra el Gobierno de Cantabria, representado por el Letrado del Principado.

Se impugnaba la resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte de 17 de mayo de 2002, que resolvía un concurso abierto de proyectos (conforme al *Real Decreto 916/1985, de 25 de mayo*) referente a las solicitudes en competencia para la concesión de un caudal de 2.500 litros de agua por segundo a derivar del arroyo Vejo en el término municipal de Vega de Liébana (Cantabria), con destino a la producción de menos de 5.000 Kw de energía eléctrica. Dicha solicitud fue tramitada en competencia con un proyecto de aprovechamiento de 1000 litros por segundo, a derivar de ese mismo arroyo, solicitado por don Jose Augusto .

En la demanda se sostuvo que la denegación de la concesión fue precipitada y arbitraria al fundarse únicamente en un informe desfavorable de la Dirección General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Gobierno de Cantabria emitido sólo 16 días después de que tuviera entrada en el Registro de la Secretaría General de la Consejería un voluminoso trabajo de Informe de Impacto Ambiental realizado para la demandante por la Consultora Ambitel, S. A., y Fundación Leonardo Torres Quevedo, lo que evidenciaba, según la actora, que no tuvo tiempo de revisar el autor del preceptivo informe la sólida documentación aportada por la parte actora al efecto, faltando, en consecuencia, la motivación adecuada. Dicho informe quedaba contrarrestado por informes periciales que demostraban la posibilidad de medidas correctoras para enervar el impacto ambiental que punto por punto, según la demanda, rebaten la resolución denegatoria

SEGUNDO .- Dicho Tribunal dictó sentencia el 30 de Mayo de 2.007 , con la siguiente parte dispositiva:

« **FALLAMOS** : Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo, interpuesto por la entidad mercantil PROELSA, contra la resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte, de fecha 27 (sic) de mayo de 2.002, que resolviendo el concurso de proyectos referentes a las solicitudes en competencia de la recurrente y otro, deniega la solicitud de concesión de un caudal de 2.500 litros por segundo, con destino a la producción de energía eléctrica, a derivar del arroyo Vejo en el término municipal de Vega de Liébana (Cantabria) tramitada en competencia con el aprovechamiento de 1000 litros por segundo, a derivar de ese mismo arroyo, solicitado por D. Jose Augusto ; resolución administrativa que se declara válida y con todos sus efectos por ser conforme a Derecho. Sin costas ».

TERCERO.- La Sentencia recuerda la necesidad de autorización o concesión para los usos especiales o los privativos de la utilización de las aguas públicas, y que estos últimos se adquieren por concesión administrativa, cuyo otorgamiento es discrecional lo cual no supone que sea arbitraria su denegación, pues está sometida a fiscalización a través de los hechos determinantes, los principios generales del derecho, y de los elementos reglados que concurran en la misma. Recuerda que el principio rector que rige en la materia es el de la necesidad de «explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos» y, en cuanto al caso concreto, funda su decisión en el siguiente y único razonamiento:

« **CUARTO.-** La Confederación Hidrográfica tramitó el expediente administrativo que se revisa, con escrupuloso cumplimiento de las normas específicas contenidas en el Real Decreto de 25 de mayo de 1985, modificado con fecha 18 de marzo de 1988 y en atención a los informes técnicos y de otra clase desfavorables, y así, la decisión se basó esencialmente en la estimación de Impacto Ambiental de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de fecha 17 de octubre de 2001, obrante a los folios 149 154 del expediente en el que se dice que el conjunto del enclave en el que se pretende desarrollar el proyecto está considerado como una de las zonas de mayor valor ecológico y paisajístico de la región de Cantabria; que su grado de naturalidad, así como el conjunto de especies de fauna y flora silvestres y de ecosistemas, califica esta zona cómo un entorno de elevado valor ambiental; y que este área se encuentra dentro de los límites planteados en la propuesta de la lista de lugares de importancia comunitaria derivado de la Directiva Hábitats 92/43 CEE en Cantabria , desarrollada a partir del Real Decreto 1193/1998 . También es necesario tener en cuenta, saliendo al paso de lo alegado por la parte actora relativo a que los técnicos de la propia CHN no opusieron reparos a la concesión, que en los folios 144 145 del expediente obra informe de los Servicios Técnicos de la CHN proponiendo la denegación del aprovechamiento, y en base a todo ello denegó la petición de concesión a las dos empresas solicitantes, una de ellas, la demandante, por motivos medio ambientales y de protección de una osa adulta con una cría a los que la nueva instalación y obras precisas previas pueden llevar al abandono de la zona, así como también el perjuicio que deriva para la demás fauna del ecosistema debido a que las instalaciones impedirían el tránsito de la misma. Por ello, no puede predicarse de la resolución impugnada, como se hace en el escrito de demanda, su falta de motivación, existente en forma precisa y abundante, recogiendo y mencionando todos los informes emitidos».

CUARTO .- La parte demandante preparó recurso de casación; fue tenido por preparado y se remitieron los autos originales a esta Superioridad, emplazándose a las partes para su comparecencia ante la Sala Tercera de este Tribunal Supremo para hacer uso de su derecho, por término de treinta días.

QUINTO .- Dentro del término del emplazamiento compareció ante la Sala el Procurador don Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de la entidad «Producciones Eléctricas S.A. (Proelsa)», presentó escrito de interposición del recurso de casación, que fue admitido a trámite en Providencia de la Sección Primera de esta Sala de 20 de Noviembre de 2.007, que ordenó remitir las actuaciones a esta Sección Quinta, formalizando escritos de oposición las partes recurridas.

SEXTO .- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación y fallo y se acordó designar para dicho trámite la audiencia del día 13 de Julio de 2011, en cuya fecha ha tenido lugar.

VISTO , y en atención a los fundamentos de Derecho que se expresan

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El debate de instancia se centró en una decisión de la Confederación Hidrográfica del Norte que, como se ha recogido en antecedentes, denegó la concesión para un aprovechamiento

hidroeléctrico de potencia inferior a 5.000 KVA del río Arroyo Vejo, en el término municipal cántabro de Vega de Liébana.

La zona donde se pretende instalar ese aprovechamiento hidráulico es un lugar de valor ecológico y ambiental singular, que deriva de las Directivas de la Unión Europea 92/43/CEE, de 21 de mayo, de Conservación de los Hábitats naturales y de la Fauna y Flora Silvestres y 97/62/CE, de 27 de octubre, cuya transposición se ha producido por el *Real Decreto 1.193/1998, de 12 de junio*. También tiene relieve la protección ZEPA (Zona de especial protección para las aves) de Liébana, que deriva de la *Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril*. Se encuentra en el ámbito de protección del oso pardo de Cantabria, conforme al *Decreto autonómico 34/1989, de 18 de mayo*, y por la Administración se afirma sólo un único espécimen hembra, con una cría. Existe una masa forestal en muy buen estado que sería afectada, con ejemplares centenarios de haya (*Fagus sylvatica*) y rebollo (*Quercus pyrenaica*). El informe de la Administración considera como más afectados por el proyecto, además del oso pardo (*Ursus arctos*), las truchas (*Salmo trutta*), la nutria (*Lutra lutra*) y el desmán de los pirineos (*Galemys pyrenaicus*), con ejemplares censados en el entorno y muy dependientes de las corrientes fluviales.

SEGUNDO .- El primer motivo de casación se formula al amparo del *artículo 88.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de este orden contencioso-administrativo (en adelante LRJCA) e imputa a la Sentencia defecto de motivación, con infracción de los *artículos 248.3 de la LOPJ y 218.2 de la LEC*, ya que no contiene una relación de hechos probados ni una valoración mínima de la prueba pericial practicada en la instancia, a la que no dedica -se reprocha- ni un solo párrafo. Se denuncia indefensión, con invocación de los *artículos 9.3, 24 y 120.3 de la Constitución*.

La negativa se fundó en la estimación negativa de impacto ambiental de la Comunidad Autónoma de Cantabria y la recurrente trató de desvirtuar esa estimación desfavorable con la intervención de peritos que emitieron amplios y detallados informes (uno en vía administrativa y dos acompañados con la demanda); dichos informes se ratificaron y se sometieron a contradicción ante la Sala de Asturias en dos sesiones cuya reproducción audiovisual consta en autos. El Magistrado ponente de la Sentencia no estuvo presente en la práctica de esas pruebas, aunque sí otra Magistrada que participó en la deliberación y fallo, y la Sentencia no efectúa siquiera una ponderación mínima de las periciales conforme a las reglas de la sana crítica, como impone el *artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento civil*.

Este primer motivo plantea tres cuestiones que deben ser tratadas por separado. Las dos primeras son inconsistentes y no pueden prosperar.

En las Sentencias de este orden de jurisdicción contencioso-administrativo no resulta necesaria la existencia de un apartado especial y separado de hechos probados, como hemos declarado en jurisprudencia muy reiterada [Sentencias de esta Sala de 22 de septiembre de 2010 (Casación 1301/2006), de 12 de diciembre de 2001 (Casación 7791/ 1997), de 13 de julio de 2001 (Casación 215/1997), y de 12 de marzo de 2001 (Casación 984/1996)].

Tampoco puede acogerse la queja referente a que el Magistrado ponente no presenció la vista de la prueba pericial, ya que la misma fue presidida por una Magistrada que sólo participó después en la deliberación y fallo del recurso. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional admite -aún en las garantías máximas del orden penal- que una prueba pericial puede ser valorada sin oír a los peritos siempre que estén expuestas documentalmente las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que llegan sus informes. En este caso existe, además de la constancia escrita de los informes, una grabación audiovisual que contiene la totalidad de las palabras pronunciadas en la vista, su contexto y el modo en que fueron pronunciadas, lo que permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales y a los aspectos comunicativos no verbales del testimonio y explicaciones y aclaraciones de los peritos así como la actividad, o pasividad, de las partes que intervinieron en la misma (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 120 /2009, de 18 de mayo, FFJJ 4 y 5).

La queja es inconsistente y se desestima.

TERCERO .- Pasamos así al examen de la tercera cuestión que se plantea en el motivo, que debe ser acogida.

La protección del medio ambiente puede hacerse desde un Derecho reactivo, que haga frente a los daños que ya se han producido ("*quien contamina paga*"), pasando por un Derecho que haga frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan ("*prevención*"), hasta un Derecho que prevea y evite amenazas de daños desconocidos o inciertos ("*precaución*"). El *principio de precaución*, derivado del principio de previsión del Derecho alemán -("*Vorsorgeprinzip*")- ha sido incorporado por diversos

instrumentos internacionales sobre el medio ambiente (desde la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo de 1992) y por el Derecho primario de la Unión Europea (*Artículo 130.2 R* del Tratado de la Unión Europea, modificado por el Tratado de Lisboa) y la citada *Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo*, (sobre la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna salvajes) así como por la jurisprudencia de la Unión (desde las iniciales Sentencias del TJCE " Reino Unido/Comisión y National Farmers' Union ," de 5 de mayo de 1998). Se recoge hoy en la *Ley 42/2.007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural* y de la Biodiversidad.

En la zona, y circunstancias de protección medioambiental que se acaban de expresar, son de aplicación *los principios de cautela y precaución* del Derecho de la Unión europea, que hace recaer sobre la entidad que pretende una acción con impacto negativo en el medio ambiente la carga de la prueba, para demostrar la compatibilidad de la intervención con el mismo.

Cuando la intervención afecta, como en el presente caso, a especies protegidas y en peligro de extinción dichos principios sirven a una actitud de respeto al entorno natural que implica el abandono del principio de arrogancia de los seres humanos en relación con el desarrollo sostenible de su entorno.

La entidad que hoy recurre en casación aportó informes y un amplio Informe de Impacto Ambiental suscrito por la consultora "Ambitel, S.A." y la "Fundación Leonardo Torres Quevedo" así como informes periciales que fueron ratificados y sometidos a la posibilidad de contradicción, con los testimonios del Ingeniero Industrial don Geronimo , del Ingeniero de Montes don Lucas y de la Licenciada en Ciencias Biológicas doña Araceli , todos ellos especialistas en materia medioambiental.

No se puede considerar motivada la Sentencia, en cuanto silencia la valoración que han merecido a la Sala esas pruebas. En una materia como la medioambiental esa ausencia total de razonamiento en la Sentencia causa indefensión a la recurrente, que ve dificultada su posibilidad de defensa frente a una resolución que no explicita en forma alguna el resultado que produce el acervo probatorio (por todas, SSTC 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 4 ; 308/2006, de 23 de octubre FJ 6 y 314/2005, de 12 de diciembre , FJ 4) y que resuelve el debate sin profundizar en los aspectos esenciales planteados en el mismo.

Debe prosperar, en consecuencia, el reproche de defecto de motivación de la Sentencia, en el extremo concreto de ausencia de valoración expresa de las pruebas practicadas en sede jurisdiccional. Esta omisión de la Sala de instancia da lugar a la estimación del motivo y a la casación de la sentencia de instancia.

CUARTO .- El segundo motivo, ya al amparo del *artículo 88.1 d) LRJCA* , denuncia infracción de la jurisprudencia sobre el control y la fiscalización jurisdiccional de la discrecionalidad técnica y de los hechos determinantes. La recurrente considera que demostró, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, la compatibilidad de la instalación con la protección del paisaje, fauna y flora. Sostiene que, ante la clara indefensión que le produce la falta de motivación del fallo, considera pertinente volver a pasar revista, en este motivo de casación, a la prueba practicada en instancia, para demostrar que no existen verdaderos motivos para denegar la concesión.

Al ser procedente casar la Sentencia, como se ha razonado, no existe obstáculo para entrar en la valoración que se propone, examinando ya, al mismo tiempo, las cuestiones planteadas en la instancia en los términos en que se planteó el debate, conforme al *artículo 95.2 c) in fine LRJCA* .

QUINTO .- Todas las partes admiten el impacto ambiental acusado del proyecto en el período dilatado de realización de las obras (22 meses), los informes de la Administración valoran en forma negativa, también, la fase de explotación del aprovechamiento hidroeléctrico.

La resolución de 17 de mayo de 2002 ha sido dictada tras seguir el procedimiento legalmente establecido, y es denegatoria por la no viabilidad ambiental de los proyectos, según la *Estimación Denegatoria de Impacto Ambiental* del proyecto de la recurrente. Los informes aportados, en vía administrativa y jurisdiccional, por la entidad recurrente en casación no logran contrarrestar esta apreciación de la resolución administrativa.

El proyecto se ha situado fundadamente en lo que podríamos denominar un área de certeza negativa por poseer un claro impacto nocivo para el medio ambiente, aún con las medidas correctoras propuestas, lo que conlleva en forma inevitable su denegación. Esta denegación no es infundada, irrazonable o arbitraria, como se va a razonar. En consecuencia, la carga de abandonar ese área negativa de certeza y probar, en cambio, la compatibilidad del proyecto con el medio ambiente recae sobre la entidad que lo promueve, siendo a partir de ese momento -al que no se ha llegado- cuando sería posible entrar a valorar qué medidas

correctoras debería aplicar la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales, en sustitución o complemento de las que se proponen en los amplios informes de la solicitante.

Carece de relieve la crítica insistente al breve período de tiempo empleado por la Administración para denegar el proyecto, ya que la misma puede esgrimirse también críticamente en contra del valor persuasivo de los informes aportados, cuando la carga de la prueba recae sobre el solicitante de la intervención.

Ha quedado probado, además, que se ha autorizado, al parecer en vía jurisdiccional, la instalación de un aprovechamiento similar (minicentral de Cucayo) a pocos kilómetros del que se proyecta (Minuto 14" del testimonio de don Geronimo que corrobora el Ingeniero de Montes don Lucas en el 4" de su intervención en la grabación audiovisual). A juicio de esta Sala tal circunstancia comporta, en contra de lo que se aduce en el motivo de casación, un efecto aditivo negativo claro, como lo es la cercanía de infraestructuras que subraya doña Araceli (minutos 5" y 6") respecto de las especies naturales afectadas, que refuerza el criterio denegatorio de la Administración.

Aunque no pueda sostenerse un riesgo cero en este tipo de proyectos, las autoridades públicas deben poseer un margen de seguridad medioambiental, antes de autorizar intervenciones como la que se enjuicia en este caso. Los informes presentados no demuestran, pese a su indudable solidez, que exista un margen de seguridad que permita excluir el proyecto de su impacto denegatorio de Evaluación ambiental, a pesar de las medidas propuestas.

La Administración autonómica sostiene que la explotación hidráulica produce alteraciones en la oscilación natural o estacional de los caudales de agua -y de su reducción notable en el estiaje- que determinarán cambios en las condiciones ambientales del sistema fluvial. Dichos cambios impactarán primero en las comunidades vegetales y, después de su deterioro, en las animales asociadas al hábitat. Al producirse los cambios en la alternancia normal de caudales los primeros grupos de la biocenosis en responder serán las comunidades vegetales. Inicialmente desaparecen las especies más especializadas, dependientes de las condiciones actuales, y su extinción genera la existencia de un nicho vacío que es ocupado por otras especies menos exigentes y generalistas, que causan una reducción en la diversidad específica del medio. Estos cambios afectan a las comunidades de invertebrados, que son una de las bases de la cadena trófica del sistema y que ocupan los pequeños remansos y microcaudales generados por las especies vegetales actuales para sus puestas y alimentación. Esas modificaciones afectan a todo el conjunto y, así, y posteriormente a las especies de las truchas, nutrias y al desmán de los pirineos censados en el entorno. El informe de la Fundación Torres Quevedo y las pruebas periciales abordan la cuestión pero sus consideraciones no son convincentes para desvirtuar esta apreciación, como tampoco la simple negación de la presencia de nutrias y del desmán de los pirineos en los trabajos de campo o en el testimonio de los peritos, que no contrarresta la apreciación contraria de la Administración. No aparecen como suficientes, también con esta perspectiva, las medidas correctoras sugeridas en las periciales sobre escalas de peces para preservar la biodiversidad genética de las especies de trucha, en una zona de alto valor como la que se contempla. El testimonio de don Geronimo no niega la existencia de problemas genéticos en esas especies de truchas que pueden afectar a la biodiversidad (minutos 12" y 13" de la grabación).

Respecto de la afección del oso pardo, que el informe del perito Sr. Geronimo considera la más acusada del proyecto, parecen convincentes las medidas correctoras basadas en paradas biológicas, que acomoden la ejecución de las obras de construcción de la pequeña central a momentos que no molestan a la especie protegida (informe del Ingeniero de Montes Sr. Lucas). Esas paradas biológicas explican el dilatado período de ejecución que se ha propuesto y podrían hacer compatible la construcción de la central con la protección del oso pardo. No se contrarresta sin embargo, a juicio de la Sala, que las molestias a la osa censada y a su cría persistan después de las obras de construcción. El testimonio del Ingeniero Industrial don Geronimo (minuto 9") considera imposible determinar en qué medida puede afectar directamente el proyecto al oso pardo, sin perjuicio de las molestias en el proceso de ejecución de la obra, que -dice- se pueden enervar con paradas biológicas en las obras para evitar las molestias. Como insiste el contrarrecurso del Abogado del Estado, además de la afección de un bosque mixto de haya y rebollo, la presencia posterior de una tubería forzada de 700 mm, parcialmente enterrada, implica en todo caso una pérdida de cubierta vegetal que es razonable que se convierta en un obstáculo permanente para el tránsito de la fauna silvestre en una zona ampliamente forestada en la actualidad y cercana a otras infraestructuras artificiales ya existentes o autorizadas.

Lo expuesto conduce ya -sin necesidad de examinar otras cuestiones de menos calado- a considerar que la recurrente no ha probado que el conjunto de medidas correctoras propuestas hagan viable el proyecto en una zona de alta fragilidad a la instalación de infraestructuras artificiales, que puede producir

daños medioambientales irreversibles, por las razones que se acaban de expresar. Los principios de cautela y **precaución** justifican el informe negativo de impacto de la Administración autonómica y conducen a desestimar la demanda y declarar la conformidad a Derecho de la resolución impugnada.

SEXO .- Procede dar lugar al primer motivo de casación formulado y en consecuencia casar la sentencia recurrida.

En su lugar debemos desestimar la demanda de instancia y confirmar la resolución impugnada, dada la ausencia de viabilidad ambiental del proyecto. De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción*, no apreciamos temeridad o mala fe que conduzca a una expresa imposición de las costas de la instancia. Cada parte abonará las suyas respecto a las de esta casación.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador don Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, en representación de la entidad mercantil Producciones Eléctricas, S.A. (Proelsa), contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2007 por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y, en su virtud, casamos y anulamos dicha Sentencia.

En su lugar, debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada entidad mercantil contra la resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte de 17 de mayo de 2.002, que deniega la solicitud de concesión de un caudal de 2.500 litros por segundo, con destino a la producción de energía eléctrica, a derivar del arroyo Vejo en el término municipal de Vega de Liébana (Cantabria), tramitada en competencia con un aprovechamiento de 1.000 litros por segundo, a derivar de ese mismo arroyo. Confirmamos dicha resolución.

Sin costas en cuanto a las de instancia. Cada parte abonará las suyas respecto a las de esta casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN**.- Leída fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrado Ponente en estos autos, lo que como Secretaria certifico.- Fdo.: Doña María Jesús Pera Bajo