

Roj: STS 3217/2011
Id Cendoj: 28079130032011100219
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 121/2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS 28-11-08 por el que SE DECLARA EXCLUIDO DEL TRÁMITE DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE UN CENTRO PENITENCIARIO EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE IRUÑA DE OCA (ÁLAVA).

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Mayo de dos mil once.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 2/121/2.009 , interpuesto por la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA, representada por la Procuradora D^a M^a Eva de Guinea Ruenes, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 2.008, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava).

Es parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 19 de febrero de 2.009 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso- administrativo ordinario contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 28 de noviembre de 2.008, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un Centro Penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava), el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 19 de diciembre de 2.008, siendo admitido a trámite dicho recurso por providencia de fecha 30 de abril de 2.009.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña documentos, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que, estimando el recurso y con imposición de las costas procesales a la Administración demandada, se anule, revoque y deje sin efecto el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado y se ordena la inmediata suspensión de cualquier trabajo que se esté efectuando en la zona, así como la completa restauración de los daños ambientales ocasionados a los hábitats y a las especies afectadas por la realización del proyecto y la reposición de la zona al estado en que se encontraba antes del inicio de las obras del centro penitenciario. Mediante los correspondientes otrosíes expone que debe reputarse indeterminada la cuantía del recurso, y solicita el recibimiento a prueba del mismo, expresando los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar, y que se acuerde la realización del trámite de conclusiones escritas.

TERCERO .- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, presentando el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola, al que acompaña documentación y en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, por se conforme a

derecho el Acuerdo recurrido. A través de los respectivos otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada y se opone a la solicitud de recibimiento a prueba realizada por la parte actora.

CUARTO .- Por auto de 13 de septiembre de 2.010 se acuerda recibir a prueba el recurso, formándose a continuación con el escrito de proposición de prueba presentado por la demandante el correspondiente ramo, procediéndose a la práctica de las admitidas.

QUINTO .- Finalizada la fase probatoria se ha concedido a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado, declarándose a continuación concluidas las actuaciones por resolución de fecha 11 de enero de 2.011.

SEXTO .- Por providencia de fecha 24 de marzo de 2.011 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 10 de mayo de 2.011, 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 planteamiento del recurso.

La Diputación Foral de Álava interpone recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 2.008, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava). En síntesis, la institución actora considera que el acuerdo es nulo de pleno derecho por vulnerar tanto la *Directiva 92/43/CEE* (Directiva de Hábitats) como la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (*Ley 42/2007, de 13 de diciembre*), que impedían dicha exclusión y hacían obligada la realización de una evaluación de impacto ambiental.

SEGUNDO .- Sobre las alegaciones de las partes.

La Diputación Foral de Álava considera que el Consejo de Ministros estaba inhabilitado para excluir el proyecto de centro penitenciario del requisito de evaluación de impacto ambiental, pues ello infringe radicalmente el *artículo 6.2 de la Directiva 92/43/CEE* y el *45.2* de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, ya que al no llevarse a cabo la evaluación tampoco se han adoptado medidas para evitar daños en la zona y las especies que la habitan. El Gobierno se ha apoyado en la *disposición adicional segunda de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental* (hoy día, el *Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero*, que aprueba el texto refundido de la legislación vigente), pero ha ignorado la normativa específica que debe aplicarse en este caso y que impide acudir a la referida disposición adicional, normativa constituida por las leyes antes citadas. De ellas se desprende que cualquier proyecto que pueda afectar a lugares incluidos en la Red Natura 2000 debe someterse a evaluación ambiental y, en el caso de autos, se da el presupuesto habilitante para su aplicación, puesto que se afecta -o se puede afectar- de forma apreciable a un espacio perteneciente a dicha Red. La propia Memoria elaborada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios para justificar la exclusión del trámite de evaluación ambiental reconoce la existencia de tales impactos.

Por otra parte, afirma la actora, la Memoria citada no puede considerarse que cumple con la exigencia del *artículo 6.3 de la Directiva 92/43/CEE* y del *artículo 45.2 de la Ley 42/2007* de que se efectúe una "adecuada evaluación" de la obra o instalación en cuestión. Dicha memoria sólo se ha llevado a cabo a efectos de lo dispuesto en los *artículos 16 y 17 de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental*, esto es, para que el órgano competente de la Administración Central tomara la decisión de si el proyecto de centro penitenciario debía someterse o no a la evaluación prevista en dicha Ley, *tratándose de uno que podía afectar a espacios de la Red Natura 2000*. Pero la brevedad y carácter limitado de la evaluación ambiental comprendida en la Memoria impiden considerarla una adecuada evaluación en el sentido de la Directiva citada.

Afirma también la Administración recurrente que la *Directiva 92/43/CEE* impide que puedan ser consideradas las medidas compensatorias en el momento de efectuar la evaluación de impacto ambiental. Entiende, en efecto, que del tenor de los *apartados 3 y 4 del artículo 6 de la citada Directiva* se deduce una secuencia en la que sólo tras la evaluación es posible considerar las posibles medidas compensatorias.

Por otra parte, entiende la parte actora que aunque la *Ley de Evaluación de Impacto Ambiental* incluye bajo su ámbito de aplicación a los proyectos que puedan afectar a espacios incluidos en la Red

Natura 2000, tal referencia no supone que dichos proyectos queden fuera de lo dispuesto en el *artículo 45.4 de la Ley de Patrimonio Natural*, que es la norma especial que determina el criterio para resolver si es preciso o no efectuar una evaluación de impacto ambiental.

En cuanto a las medidas correctoras contempladas en la memoria realizada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, la Diputación de Álava considera que son de una eficacia y virtualidad prácticamente nulas. Añade también que al no haberse efectuado la obligada evaluación de impacto ambiental de acuerdo con el *artículo 6.3 de la Directiva 92/43/CEE*, el acuerdo del Consejo de Ministros ha infringido también lo dispuesto en el *artículo 6.2 de la propia Directiva*, que obliga a adoptar medidas para evitar el deterioro de hábitats naturales y de especies de las zonas especiales de conservación.

Por último, afirma la parte actora, el acuerdo recurrido carece de motivación y en ningún caso justifica la urgencia de la ejecución del proyecto de construcción del centro penitenciario.

El Abogado del Estado, por su parte, señala, en primer lugar, que el proyecto litigioso no afecta de modo apreciable al lugar de interés comunitario del río Zadorra, por lo que no se dan las circunstancias necesarias para la aplicación del *artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE* y del *artículo 45 de la Ley del Patrimonio Natural* y de la Biodiversidad; el emplazamiento seleccionado no se encuentra incluido en ninguna de las redes ambientales existentes. En definitiva, afirma, en relación con el citado río Zadorra tan sólo existe una posible afección directa, la derivada de la construcción de una estación de **aguas** residuales, como consecuencia de sus vertidos, y otra indirecta, determinada por los movimientos de tierra. En cuanto a la primera afección, la memoria justificativa señalaba que se estaba gestionando la conexión del vertido de la estación de **aguas** residuales a la red de saneamiento municipal, que engancharía a la nueva depuradora, en vez de verter sobre el referido río Zadorra, alternativa aquélla que es la que finalmente se ha llevado a cabo. En cuanto a los movimientos de tierra afectarían de forma significativa al arroyo Zaballa, no al río Zadorra, a lo que se añaden las medidas que el promotor debe adoptar para evitar cualquier afección indirecta a dicho río. En definitiva, no puede admitirse, afirma el Abogado del Estado, que el proyecto pueda afectar de forma apreciable al lugar de interés comunitario del río Zadorra, por lo que no resultan de aplicación la *Directiva 92/43/CEE* y la *Ley 42/2007*.

En cuanto a la normativa aplicable afirma el representante de la Administración del Estado que está constituida fundamentalmente por el *Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, cuyo artículo 3* distingue entre los proyectos que deben someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en la *Ley (apartado 1, obras comprendidas en el anexo I)* y los proyectos que únicamente debe someterse a una evaluación de impacto ambiental cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso (apartado 2), que son los comprendidos en el anexo II y los no incluidos en el anexo I pero que puedan afectar directa o indirectamente a la Red Natura 2000, para los que resulta de aplicación la *disposición adicional cuarta*. Esto evidencia, dice, que ni siquiera la posible afectación a un espacio de la referida Red puede determinar la inaplicación de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos; lo único que origina dicha afectación es que los proyectos no incluidos en el anexo I que puedan afectar a los espacios de la Red Natura 2000 deben someterse a evaluación de impacto ambiental cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso. Y por tanto, concluye el Abogado del Estado, cabe aplicar la *disposición adicional segunda* y el Consejo de Ministros puede acordar la exclusión. Por otra parte, sostiene el Abogado del Estado que las restantes alegaciones de la demandante deben desestimarse al haber quedado acreditado que el lugar de interés comunitario del río Zadorra no queda afectado.

También afirma el Letrado del Estado que, incluso se si admitiese la tesis de la corporación recurrente, lo único que específicamente exigen la *Directiva 42/93/CEE* y la *Ley 42/2007* es que se someta el proyecto a una "adecuada evaluación" de sus repercusiones en el lugar. Y, en lo que respecta a la posible afectación del lugar de interés comunitario del río Zadorra, la evaluación ambiental contenida en el expediente administrativo y que ha dado lugar a las medidas correctoras contenidas en el acuerdo recurrido cumple sobradamente con tales exigencias.

Finalmente, afirma el Abogado del Estado, el acuerdo del Consejo de Ministros se encuentra suficientemente motivado tanto en lo que se refiere a la necesidad de excluir el proyecto del trámite de evaluación ambiental como en lo que respecta a los aspectos ambientales.

TERCERO .- Sobre la normativa ambiental aplicable.

Discuten las dos partes sobre la normativa ambiental aplicable, sosteniendo la recurrente que la normativa específica que resulta de aplicación es la *Directiva 92/43/CEE, del Consejo*, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Directiva de Hábitats) y la Ley del

Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (*Ley 42/2007, de 13 de diciembre*), mientras que el Abogado del Estado defiende que la norma aplicable, al menos con carácter prevalente, es el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental (aprobada por el *Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero*, que refunde y armoniza el anterior *Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio*, reformado varias veces).

En realidad, tal debate es intrascendente, pues no solamente todas las referidas normas son aplicables, sino que además no resultan contradictorias entre sí, pese a lo que aparentemente creen las partes contendientes. En concreto y como vamos a ver a continuación, la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental incorpora textualmente los mismos mandatos de las otras disposiciones que serían aplicables al caso y que, como es natural, es preciso interpretar de manera sistemática tanto en el marco de la propia Ley como en el referido conjunto normativo.

En primer lugar debe señalarse que la Directiva de Hábitats ha sido ya transpuesta a derecho interno, precisamente mediante la Ley de Patrimonio Natural ya mencionada, como se indica expresamente en su exposición de motivos. Por tanto y al margen del valor interpretativo de dicha *Directiva, las normas a las que hay que atender primariamente son las dos leyes españolas de las que se ha hecho mención, la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental y la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad. Y, en lo que ahora importa, deben ponerse de relieve dos circunstancias: primero, que la disposición adicional cuarta de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental se remite en lo que respecta a la protección de la Red Natura 2000 a la Ley de Patrimonio Natural; y, segundo, que la propia disposición adicional citada recoge expresamente la exigencia de una adecuada evaluación de los proyectos que pudiesen afectar de forma apreciable a espacios de dicha red, tal como prevén tanto el artículo 6.3 de la Directiva de Hábitats como el artículo 45.4 de la Ley de Patrimonio Natural*, preceptos que la Diputación recurrente invoca reiteradamente como infringidos.

Dicho lo anterior es preciso advertir que tiene razón el Abogado del Estado al partir de la *Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, puesto que su artículo 3* es el que tiene un carácter más genérico y se refiere de manera omnicompreensiva a todos los supuestos de evaluación, incluyendo los proyectos que, no estando incluidos en el anexo I de la propia *Ley, puedan afectar a la Red Natura 2000. El tenor del artículo 3* es el siguiente:

"Artículo 3. Ámbito.

1. Los proyectos, públicos y privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esta Ley.

2. Sólo deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esta Ley, cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso, los siguientes proyectos:

a) Los proyectos públicos o privados consistentes en la realización de las obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo II.

b) Los proyectos públicos o privados no incluidos en el anexo I que pueda afectar directa o indirectamente a los espacios de la Red Natura 2000.

La decisión, que debe ser motivada y pública, se ajustará a los criterios establecidos en el anexo III.

La normativa de las Comunidades Autónomas podrá establecer, bien mediante el análisis caso a caso, bien mediante la fijación de umbrales, y de acuerdo con los criterios del anexo III, que los proyectos a los que se refiere este apartado se sometan a evaluación de impacto ambiental."

En el caso presente, el proyecto es el de construcción de un centro penitenciario. Según el acuerdo del Consejo de Ministros, el mismo está comprendido en el Anexo II, grupo 7.b), que se refiere a "proyectos de urbanizaciones, incluida la construcción de centros comerciales y aparcamientos", ya que si bien el proyecto no está ubicado directamente en una zona especialmente sensible de las enumeradas en el grupo 9 del Anexo I, sí podría afectar a zonas de importancia medioambiental, entre las que se cuenta, muy especialmente, el lugar de interés comunitario del río Zadorra, perteneciente a la Red Natura 2000. Esto quiere decir que no estaría incluido en el anexo I sino en el mencionado apartado del anexo II.

Aplicado al caso el *artículo 3 de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental*, encontramos que el proyecto encaja en el apartado 2, tanto en la letra a) -por estar incluido en el grupo 7, letra b)- como en la letra b) -por tratarse de un proyecto que, pese a no estar incluido en el anexo I, puede afectar

indirectamente a un espacio de la Red Natura 2000-.

Pues bien, a la misma conclusión llegó la Administración ya que, según se recoge en la exposición de motivos del acuerdo impugnado, el proyecto fue sometido a la tramitación prevista en los *artículos 16 y 17 de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental*. Recordemos que el primero de dichos preceptos establece en su apartado 1 que cuando una persona física o jurídica, pública o privada, pretenda realizar un proyecto comprendido en el Anexo II, o no incluidos en el Anexo I, pero "que pueda afectar directa o indirectamente a los espacios de la Red Natura 2000" ha de solicitar del órgano ambiental competente de cada Comunidad Autónoma o al órgano sustantivo de la Administración del Estado que se pronuncie sobre la necesidad o no de que dicho proyecto se someta a evaluación de impacto ambiental.

Como consecuencia del citado procedimiento, el órgano estatal sustantivo (la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino), así como también las demás Administraciones públicas consultadas (el Gobierno de Navarra y el Ayuntamiento de Pamplona), entendieron que el proyecto debía someterse a evaluación de impacto ambiental por las afecciones medioambientales que el proyecto ocasionaba.

Ahora bien, en la decisión que se impugna en el presente procedimiento, el Consejo de Ministros, al amparo de lo dispuesto en la *disposición adicional segunda de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental*, decidió excluir el proyecto del trámite de evaluación ambiental, por la urgencia e interés general presentes en el mismo. Y lo primero que debemos examinar es el alcance de dicha exclusión.

La citada *disposición adicional segunda* dice lo siguiente, en lo que ahora importa:

"Disposición Adicional segunda . Exclusión de proyectos del trámite de evaluación de impacto ambiental por motivos excepcionales.

1. El Consejo de Ministros, en el ámbito de la Administración General del Estado, y el órgano que determine la legislación de cada Comunidad Autónoma, en su respectivo ámbito de competencias, podrán, en supuestos excepcionales y mediante acuerdo motivado, excluir un proyecto determinado del trámite de evaluación de impacto ambiental.

En tales casos, se examinará la conveniencia de someter el proyecto excluido a otra forma de evaluación. [...]"

Pues bien, no cabe duda de que dicha exclusión comprende la exención de la obligatoriedad de efectuar la evaluación de impacto ambiental que derivaría de la previsión contenida en el *artículo 3.2 .a)*, en el supuesto, como es el caso, de que el órgano ambiental hubiera decidido realizar dicha evaluación tras un examen específico del proyecto de que se trate. Ahora bien, no es posible llegar a la misma conclusión en los supuestos del apartado 2.b del mismo *precepto (proyectos que afectan a la Red Natura 2000)* y ello por la existencia de la *disposición adicional cuarta de la propia Ley de Evaluación de Impacto Ambiental* que, como ya explicamos, asume y se remite a las exigencias de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, la cual transpone a su vez la Directiva de Hábitats.

Esta conclusión de que la posibilidad de exclusión del trámite de evaluación ambiental no puede aplicarse a la evaluación de proyectos que afecten a espacios de la Red Natura 2000 sobre la que versa la *disposición adicional cuarta* -que viene a ser un desarrollo del citado *artículo 3.2.b de la propia Ley* - se deriva de una doble circunstancia: en primer lugar, de la misma existencia de la *disposición adicional cuarta* (a) y, en segundo lugar, de su contenido y naturaleza (b).

(a) La *disposición adicional cuarta* se encuentra en el mismo plano normativo que la *disposición adicional segunda* , sin que ninguna de ellas haga referencia expresa a la otra. La *disposición adicional segunda* contempla la posibilidad de que el Consejo de Ministros excluya, por razones imperiosas de interés público, la evaluación de impacto ambiental que resulte obligada por la propia Ley. Es, por tanto, una previsión excepcional que debe interpretarse de forma estricta. Por su parte, la *disposición adicional cuarta* , seguidamente y sin referirse a la *disposición adicional segunda* , recoge la necesidad de someter a una "adecuada evaluación" a aquellos proyectos que puedan afectar directa o indirectamente a espacios de la Red Natura 2000. De ello no cabe sino concluir que las previsiones que el legislador realiza en esta última disposición adicional se contemplan como una excepción a la posibilidad de excluir la evaluación ambiental prevista en la *disposición adicional segunda* .

A este respecto debe señalarse que la conclusión anterior no cambia por el inciso final del apartado 1 "sin perjuicio de lo establecido en la presente ley", que el Abogado del Estado interpreta en apoyo de su

tesis de que sería igualmente aplicable en estos casos la posibilidad de exclusión de evaluación ambiental contenida en la *disposición adicional segunda*. Se trata, sin embargo, de una cláusula sin perjuicio genérica, la cual es consecuencia de la remisión que se efectúa a la *Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*. En efecto, el apartado 1 se remite a la necesaria evaluación ambiental "teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar, conforme a lo dispuesto en la *Ley 42/2007, de 13 de diciembre*, de patrimonio natural y de la biodiversidad, sin perjuicio de lo establecido en la presente ley". Esto es, no es sino una precisión que especifica que la remisión a la citada *Ley 42/2007* se hace sin perjuicio de que se apliquen los mandatos de la propia Ley de Evaluación de Impacto Ambiental en lo que resulte procedente.

(b) Todavía de más relevancia resulta el hecho de que la *disposición adicional cuarta* no es una simple previsión de la *Ley de Evaluación de Impacto Ambiental*, sino que supone, como ya hemos indicado reiteradas veces, una incorporación de las exigencias de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (y, por ende, de la Directiva de Hábitats) en relación con los espacios de la Red Natura 2000. Lo cual lleva a la conclusión de que no es posible someter tales exigencias, derivadas en último término de una norma comunitaria, a la posibilidad de suspensión excepcional prevista en la *disposición adicional segunda*, no contemplada en la propia Directiva.

CUARTO .- Sobre la adecuada evaluación ambiental de los proyectos que afecten a la Red Natura 2000.

A la vista de que la exención de la obligación de efectuar una evaluación ambiental ordinaria de acuerdo con las exigencias de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental no afecta a la evaluación derivada prevista en la disposición adicional cuarta, debemos ahora dilucidar dos cosas: por un lado, el alcance de la "adecuada evaluación" de las repercusiones del proyecto que ordenan tanto esta Ley como la de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y la Directiva de Hábitats y, por otro, si el proyecto que se discute ha cumplido con la exigencia de dicha evaluación. Para mayor claridad conviene reproducir ahora los dos preceptos citados:

"Disposición Adicional cuarta. Evaluación ambiental de los proyectos estatales que puedan afectar a espacios de la Red Natura 2000 .

1. La evaluación de los proyectos que, sin tener relación directa con la gestión del lugar de que se trate de la Red Natura 2000 o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares ya sea individualmente o en combinación con otros planes o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar, conforme a lo dispuesto en la *Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley.

2. En el supuesto de proyectos autorizados o aprobados por la Administración General del Estado, a la vista de las conclusiones de la evaluación de impacto ambiental sobre las zonas de la Red Natura 2000, y supeditado a lo dispuesto en el *apartado 4 del artículo 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 naturales y de la fauna y flora silvestres, el Ministerio de Medio Ambiente fijará las medidas compensatorias necesarias para garantizar la coherencia global de Natura 2000. Para su definición, se consultará preceptivamente al órgano competente de la Comunidad Autónoma en la que se localice el proyecto, cuyo parecer podrá ser incorporado a la declaración de impacto ambiental que emita el órgano ambiental estatal. El plazo para la evacuación de dicho informe será de 30 días. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera emitido el informe, el órgano ambiental estatal podrá proseguir las actuaciones.

3. La remisión, en su caso, de la información a la Comisión Europea sobre las medidas compensatorias que se hayan adoptado se llevará a cabo por el Ministerio de Medio Ambiente en los términos previstos en el *artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*. " (*disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero*)

"Artículo 45. Medidas de conservación de la Red Natura 2000 . [...]

4. Cualquier plan, programa o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, que se realizará de acuerdo con las normas que sean de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal y en las normas adicionales de protección dictadas por las

Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo, los órganos competentes para aprobar o autorizar los planes, programas o proyectos sólo podrán manifestar su conformidad con los mismos tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública.

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

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

a) Mediante una ley.

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

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

Las medidas compensatorias adoptadas serán remitidas, por el cauce correspondiente, a la Comisión Europea. [...] (*artículo 45, puntos 4 y 5 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Diversidad*)

En lo que respecta a la evaluación que debe realizarse, no existe más previsión específica que las determinadas por la propia *disposición adicional cuarta de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental* y por el *artículo 45 de la Ley del Patrimonio Natural* y de la Biodiversidad. Y estas previsiones se refieren, como puede comprobarse en su texto, a los objetivos que se deben perseguir, a la necesidad de adoptar las medidas compensatorias que resulten necesarias, y a determinados trámites procedimentales, pero no se contempla un procedimiento específico y completo para elaborar la necesaria "adecuada evaluación". Pues al exigirse dicha adecuada evaluación en la forma en que se hace en los dos preceptos reproducidos resulta evidente que no puede considerarse que se refieran al procedimiento ordinario contemplado en el capítulo II de la propia Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que hubiera bastado una mera remisión al mismo en vez de formular una exigencia específica de una evaluación "adecuada".

En cuanto a las concretas previsiones contempladas en la *disposición adicional cuarta* y el *artículo 45.4* a las que debe responder dicha "adecuada evaluación", son de carácter extremadamente genérico: desde un punto de vista material, que se tengan en cuenta los objetivos de conservación del lugar afectado y la obligación de fijar medidas "compensatorias necesarias para garantizar la coherencia global de Natura 2000"; desde un punto de vista procedimental, la preceptiva consulta al órgano competente de la Comunidad Autónoma afectada y la remisión a la Comisión Europea de información sobre las medidas compensatorias llevadas a cabo. Por otra parte, debe subrayarse que según el penúltimo *párrafo del apartado 5 del artículo 45 de la Ley del Patrimonio Natural* y de la Biodiversidad, la adopción de las medidas compensatorias puede llevarse a cabo, en su caso -frente a la opinión de la Diputación recurrente-, durante el procedimiento de evaluación ambiental.

La conclusión de todo lo que antecede es que no existe un procedimiento de evaluación ambiental específico en cumplimiento de las exigencias de la Directiva de Hábitats y de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad o que tal procedimiento sea el ordinario regulado por la Ley de Impacto Ambiental. Esta conclusión es, por lo demás, aceptada por la recurrente, que cita incluso jurisprudencia comunitaria al respecto. Antes al contrario, lo que se prevé para los proyectos como el de autos que, sin tener lugar en espacios de la Red Natura 2000, les puedan afectar directa o indirectamente, es la exigencia de que se haga una evaluación ambiental adecuada y que se adopten las medidas compensatorias necesarias para la protección del espacio afectado y la conservación de la coherencia global de la Red Natura 2000.

QUINTO .- Sobre si se han cumplido la exigencia de una evaluación ambiental adecuada.

Llegados a este punto, debemos examinar si en el caso presente se ha cumplido con la referida exigencia de efectuar una evaluación ambiental adecuada conforme a los preceptos reiteradamente citados de la *disposición adicional cuarta de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental* y el *artículo 45.4 de la Ley del Patrimonio Natural* y de la Biodiversidad, lo que es rotundamente negado por la Administración actora.

Antes, sin embargo, debemos examinar si en realidad es preciso este pronunciamiento, ya que el acuerdo del Consejo de Ministros que se recurre no contiene ni constituye la autorización o aprobación definitiva del proyecto, sino que en puridad tiene exclusivamente por objeto -como se comprueba en su parte dispositiva- acordar la exención del trámite de evaluación de impacto ambiental del proyecto de centro penitenciario. Por ello, en la medida en que hemos determinado ya que dicha exención no evita la procedencia de una evaluación adecuada de conformidad con lo estipulado en la *disposición adicional cuarta de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental*, podría plantearse que basta con desestimar el recurso sin más pronunciamientos, en aplicación de lo expuesto hasta ahora. Todo ello sin perjuicio de la obligatoriedad de haber realizado dicha evaluación antes de aprobar o autorizar el proyecto, resolución posterior a la que se refiere expresamente el acuerdo recurrido cuando en el apartado cuarto de su parte dispositiva ordena comunicar la decisión a la Comisión Europea "con carácter previo a la autorización o aprobación del proyecto".

Creemos, sin embargo, que debemos dar respuesta en este momento a la alegación principal de la demanda contencioso administrativa formulada por la parte recurrente que achaca al proyecto no cumplir con la exigencia comunitaria y nacional de realizar una evaluación ambiental adecuada por la afección a un espacio de la Red Natura 2000 y, en consecuencia, de no haber adoptado las medidas necesarias para preservar dicho espacio.

Esto es así porque del tenor del acuerdo se deduce que la tramitación del proyecto parece concluida y que su aprobación final sólo está a la espera de la citada información destinada a la Comisión Europea. En efecto, en el acuerdo se hace referencia a la evaluación ambiental realizada a lo largo de la tramitación y se explicitan asimismo las medidas compensatorias a adoptar. Así las cosas y sin perjuicio de que el posterior acuerdo de aprobación del proyecto pueda en su caso ser impugnado por la posible omisión de algún trámite esencial, la adopción del presente acuerdo se presenta asimismo como un momento procesalmente idóneo para objetar el posible incumplimiento de la realización de una "evaluación adecuada" que responda a las exigencias de los preceptos reiteradamente citados, la *disposición adicional cuarta de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental* y del *artículo 45.4 de la Ley del Patrimonio Natural* y de la Biodiversidad.

Pues bien, debemos desestimar esta pretensión esencial de la demanda. En síntesis y como vamos a explicar, la ausencia de previsión de un procedimiento para efectuar la referida "adecuada evaluación" hace que haya que adoptar una perspectiva eminentemente material para ver si se han cumplido los objetivos de la exigencia de dicha evaluación. Y, examinadas las actuaciones de evaluación ambiental llevadas a cabo y las medidas compensatorias aprobadas, es preciso llegar a la conclusión de que se ha cumplido con la exigencia comunitaria y nacional relativa a la conservación de espacios de la Red Natura 2000 que puedan resultar afectados por proyectos desarrollados fuera de ellos.

En efecto, en cuanto a la evaluación ambiental y frente a lo que sostiene la Diputación recurrente, la Memoria efectuada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios incluye un estudio de los impactos que supondría la construcción del centro penitenciario que satisface suficientemente la necesidad de la evaluación ambiental requerida.

En primer lugar es preciso recordar que la evaluación adecuada exigida por la referida *disposición adicional cuarta de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental* lo es exclusivamente a los efectos de neutralizar los efectos nocivos sobre un espacio de la Red Natura 2000 próximo al proyecto. Se trata, por tanto, en este caso, de paliar los efectos indirectos de una obra sobre dicho espacio, el río Zadoya, impactos que la propia Diputación recurrente concreta en el posible vertido de **aguas** residuales y en los movimientos de tierras. Debemos señalar, asimismo, que el fundamento de la impugnación lo constituye precisamente la alegada infracción procedimental de no haber cumplido las exigencias legales relativas a la protección de la Red Natural 2000.

Por otro lado, es verdad que la evaluación realizada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios se hizo a otros efectos -precisamente, para decidir sobre de realizar un estudio de impacto ambiental de conformidad con lo dispuesto por el *artículo 3.2.a) de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental* y de acuerdo con lo previsto en el *artículo 16* del mismo texto legal, según pone de relieve la recurrente-, pero ello no impide tomarla en consideración a los efectos de si cumple con las

exigencias de la *disposición adicional cuarta de la propia Ley de Evaluación de Impacto Ambiental*. Y lo cierto es que contiene un estudio de las distintas afecciones ambientales que produciría el proyecto (epígrafe 7) y una propuesta de distintas medidas para neutralizar el impacto medioambiental del mismo (epígrafe 8). Y, del examen de ambos apartados y de su confrontación con los potenciales impactos ambientales del proyecto sobre el lugar de interés comunitario del río Zadoya ya mencionados, se puede concluir que tales impactos están contemplados y que se proponen medidas encaminadas a evitar que los mismos puedan amenazar la integridad del lugar de interés comunitario afectado.

Por último, no cabe olvidar que el objetivo último de la evaluación es la adopción de "las medidas compensatorias necesarias para garantizar la coherencia global de Natura 2000" (*disposición adicional cuarta, apartado 2*) y que el acuerdo impugnado recoge medidas encaminadas tanto a paliar la posible afección al río Zadoya -aspecto en el que se funda el recurso de la Diputación-, como otras afecciones medioambientales y culturales. En particular y en lo que afecta al referido lugar de interés comunitario del río Zadoya, se prevén medidas destinadas a evitar los vertidos de la estación de **aguas** residuales sobre el mismo, que se han concretado, tal como se anunciaba en el acuerdo impugnado, en la conexión de la estación a la red municipal. Y se prevé asimismo la reposición de la vegetación que se pueda haber originado en la ribera del río Zadoya, medida compensatoria de los posibles movimientos de tierra que hayan podido producirse. Por otra parte, las objeciones que formula la Diputación alavesa a la eficacia y utilidad de las medidas compensatorias adoptadas en el acuerdo del Consejo de Ministros que se impugna no puede ser aceptada, pues se trata de afirmaciones que no resultan evidentes por sí mismas y que hubieran necesitado, en su caso, de una actuación probatoria pericial que no ha sido intentada por la recurrente, sin que de la amplia documentación aportada por las partes se pueda extraer con la debida claridad tales conclusiones.

Debemos rechazar también la interpretación que hace la Diputación de Álava respecto de que el *artículo 6 de la directiva de Hábitats, en sus apartados 3 y 4* (transpuesto en el *artículo 45.4 y 5*) impide que se puedan tener en cuenta las medidas compensatorias en el momento de efectuar la evaluación de impacto ambiental. Nada de la dicción de los citados preceptos comunitarios y nacionales lleva a tal conclusión, que contraría además la configuración habitual de los estudios de impacto ambiental de incluir en los mismos las medidas destinadas a evitar o paliar los posibles efectos negativos del proyecto que se estudie.

Todas estas razones explican que consideremos que durante el procedimiento administrativo se haya cumplido con la exigencia comunitaria de una adecuada evaluación ambiental y con la adopción de medidas compensatorias.

Lo anteriormente expuesto, que conduce a la desestimación de la demanda en este punto, no obsta a que se deba reconocer que, aunque hayamos llegado a la conclusión de que se han salvado las exigencias de una evaluación adecuada y de adoptar medidas compensatorias en un supuesto de una afección indirecta y limitada a un lugar de interés comunitario, el procedimiento seguido no es el que mejor satisface tales exigencias. En efecto, aunque la impugnación de la actora no haya determinado la declaración de ilegalidad del acuerdo impugnado, tiene sin embargo razón en que lo más adecuado hubiera sido la realización, además de los trámites seguidos, y con posterioridad a los informes emitidos por las restantes Administraciones consultadas, de un estudio de evaluación ambiental destinado de manera específica a cumplir las exigencias de la *disposición adicional cuarta de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental* y del *artículo 45.4 de la Ley del Patrimonio Natural* y de la Biodiversidad. La ausencia de un procedimiento específico legalmente regulado obliga al órgano judicial -como ha tenido que hacer esta Sala- a efectuar un juicio material sobre la suficiencia de los trámites llevados a cabo en la tramitación que puede conducir, en su caso, a un juicio negativo.

SEXTO .- Sobre la motivación del acuerdo impugnado.

Finalmente, en el último fundamento de su demanda, la Diputación alavesa sostiene que el acuerdo del Consejo de Ministros carece de motivación y no justifica la urgencia de la realización del proyecto de centro penitenciario.

La alegación sobre falta de motivación es manifiestamente infundada. La parte cita como motivación parte de un párrafo del acuerdo, pero la motivación no se limita a dicho párrafo. El acuerdo explica primero la planificación y las necesidades que han llevado a la decisión sobre la conveniencia de construir un nuevo centro penitenciario en la Comunidad Autónoma del País Vasco, y la utilización para el mismo de los terrenos de un antiguo polvorín perteneciente al Ministerio de Defensa. En el párrafo al que se refiere la actora se justifica precisamente la urgencia de la construcción del centro en el déficit de plazas para reclusos existente en la referida Comunidad Autónoma y se precisa que ya en la última revisión del Plan de

Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobada por acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de diciembre de 2.005 se preveía que el centro en cuestión estuviese operativo en el año 2.012. Asimismo el Acuerdo describe la tramitación ambiental llevada a cabo y las medidas compensatoria a adoptar. La alegación debe pues ser rechazada.

SÉPTIMO .- Conclusión y costas.

Las razones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho conducen a la desestimación del recurso entablado por la Diputación de Álava. No concurren las *circunstancias previstas en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción* para la imposición de costas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por la Diputación Foral de Álava contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 2.008, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava). No se hace imposición de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-