

Roj: STS 4814/2012  
Id Cendoj: 28079130052012100466  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 5  
Nº de Recurso: 1783/2010  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cinco de Julio de dos mil doce.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 1783/2010 interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Francisca Uriarte Tejada en representación de la compañía RESIDENCIAL COSTA ROJA S.L., contra la sentencia de la Sección 2<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, de 1 de junio de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 17/2007 . 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 2<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, dictó sentencia con fecha 1 de junio de 2009 (recurso 17/2007 ) en la que se desestima el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la entidad Residencial Costa Roja S.L. contra el acuerdo del Gobierno de Canarias de 24 de octubre de 2006, por el que se aprobó la "Propuesta de Nuevas Áreas para su Designación como Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) en Canarias" 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.

**SEGUNDO.-** Dicha sentencia, tras identificar en su fundamento jurídico primero el objeto del recurso, en el fundamento segundo hace un resumen de las tesis mantenidas por la sociedad demandante y por la Administración autonómica demandada, en los siguientes términos:

<< (...) **SEGUNDO.-** La parte actora argumenta lo siguiente: a) ausencia de contestación a las alegaciones presentadas en el trámite de información pública ( folios 190 a 169) generando indefensión pues sólo se contestó a las referentes a información o ampliación de plazo; b) ausencia de criterios técnicos y ornitológicos utilizados por el Gobierno de canarias pues simplemente se limita a justificar la existencia de algunas especies de aves catalogadas en el Anexo 1 de la Directiva ;c) desfase cronológico en la documentación utilizada pues se emplea la documentación áreas importantes para las Aves en España edición de 1998 sin que se sepa que se haya encargado estudio alguno que ponga al día los datos e insuficiencia de soporte científico de los datos aportados por el Banco de la Biodiversidad pues en la página 494 apartado B-1 reconoce el valor científico que aporta pero él mismo declara que no es un estudio científico.

La insuficiencia de los datos actuales se corrobora por los científicos en que el Gobierno apoya su propuesta en la Propuesta publicada en 2004 cuyos datos son imprecisos o insuficientes a pesar de ello se transforma automáticamente dicha **IBA**. Por ello faltan los estudios científicos para su elaboración que determinen que las áreas propuestas, reúnen los requisitos necesarios para su designación como zonas de especial protección para las aves conforme a la Directiva 79/409 de la CEE

En los documentos presentados hay una ausencia absoluta de motivación en relación a los criterios técnicos y ornitológicos utilizados que justifiquen la declaración de Llanos de la Mareta Cantil del Rubicón como ZEPA.

La demandada, Comunidad Autónoma de Canarias, señala que la Comunidad Autónoma incorporó al procedimiento los trámites de audiencia a los Cabildos Insulares y de información; no hay un procedimiento específico para la designación de áreas propuestas para tal fin; la delimitación se lleva a cabo sobre áreas IBAS delimitados por la Comisión Europea; hay que traer a colación la Carta de Emplazamiento, apartado 25.

Se reconoce que la Carta de Emplazamiento cita 24 áreas importantes para las Aves; entre las no designadas aparece Llanos de la Mareta- Hoyo de La Yegua. Si acudimos a los Anexos de la Carta de Emplazamiento comprobaremos que las superficies de las áreas importantes para las aves comprobaremos que las 65 IBAS con una superficie de 133.433 ha son superiores a las superficies de las áreas declaradas como ZEPAS aún incluyendo las propuestas en 2006 y que son objeto de la presente impugnación>>.

Para aproximarse al núcleo de la controversia, la sentencia señala, en su fundamento jurídico tercero, que la Directiva 92/43, que contempla la Red ecológica europea Natura 2000, fue transpuesta al derecho interno por el Real Decreto 1997/1995, cuyo artículo 3 reproduce; y tras ello explica la Sala de instancia que la Red está formada por las Zonas de Especial Protección de Aves (ZEPA) declaradas en virtud de la aplicación de la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril, de Conservación de las Aves Silvestres y por las Zonas Especiales de Conservación ( ZEC).

También con carácter introductorio, en el fundamento cuarto de la sentencia se exponen las circunstancias que motivaron la aprobación de la propuesta de nuevas áreas ZEPA, en cumplimiento de la Carta emplazamiento de la Comisión Europea (SG 2000 1999/2212) dirigida al Ministro de Asuntos Exteriores de España, que apreciaba la aplicación incorrecta de la Directiva por España, entre otros, en territorios correspondientes a la Comunidad Autónoma de Canarias, por lo que hubo que realizar la adecuación de algunos espacios ya designados y designar nuevas áreas, dando así lugar a la resolución objeto de recurso. Este fundamento de la sentencia es del siguiente tenor:

<< (...) CUARTO.- En enero de 2000, a través de Carta de Emplazamiento de la Secretaría General de la Comisión Europea al Ministerio de Asuntos exteriores del Gobierno Español se comunica que la Comisión Europea detectó una aplicación incorrecta de la Directiva 79/409/CEE, dando lugar a la incoación de un expediente de oficio registrado con el número 99/2212 en el registro oficial de la Comisión..

A dicha Carta de Emplazamiento se acompaña en el Anexo 1 la lista de áreas importantes para las aves IBAS no designadas como ZEPAS en España confeccionadas a partir de los datos recogidos en los inventarios **IBA** 89 y **98** de la SEO Bird Life entre los que se cita, bajo el número 335, Llanos de la Mareta Hoya de la Yegua.

Para dar cumplimiento a la Directiva Hábitats se incoó un expediente administrativo que se publicó en el BOC nº 234 de 1 de diciembre de 2004 del Anuncio de Información Pública y culminó con la resolución de 24 de octubre de 2006 de la Viceconsejería de Medio Ambiente por el que se hace público el Acuerdo de Gobierno de Canarias de 17 de octubre de 2006, relativo a la Propuesta de Acuerdo por la que se procede a la Aprobación de la Propuesta de nuevas áreas para su designación como zonas de especial protección para las aves( ZEPA)>>.

Tras ello, la sentencia aborda el examen de los motivos de impugnación aducidos en la demanda, comenzando por el que denunciaba la falta de contestación a las alegaciones formuladas por la recurrente. Sobre esto la sentencia dice lo siguiente:

<< (...) QUINTO.- Los motivos de impugnación como hemos expuesto, son los siguientes: falta de contestación a las alegaciones de la parte recurrente (defecto del procedimiento), falta de motivación; desfase cronológico de los documentos utilizados e insuficiencia de soporte científico de los datos aportados por el Banco de la Biodiversidad.

Respecto a la falta de contestación a las alegaciones, hay que traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de fecha TS 20 de mayo de 2008 que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la dictada por el Tribunal Superior de Murcia. Se impugnaba la sentencia deL TSJ de Murcia en la que se decía "En relación, por último, con la pretensión anulatoria basada en la ausencia de información pública, audiencia de los interesados que no se trata, en el supuesto delimitador de autos, de un Acuerdo, consecuencia de un procedimiento previamente seguido, en el que la Administración actuante, tras un proceso de análisis, estudios y valoraciones de intereses mas o menos contrapuestos, se decanta por una determinada solución que plasma en una concreta delimitación geográfica; mas al contrario, dicho Acuerdo no es ---exclusivamente--- sino el resultado de la aplicación de unos determinados criterios objetivos, de carácter científico, establecidos en la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979 , relativa a

la conservación de las aves silvestres, que no pueden ser alterados como consecuencia de determinadas alegaciones de interesados, otra cosa será en relación con los usos que puedan desarrollarse en el mismo, y que se concreten en el subsiguiente Plan de Gestión de la ZEPA o del Área de Protección en la que la misma se convierta, o de la clasificación de los terrenos en el Plan General de Ordenación Urbana de Murcia, en el que, por cierto, cuentan con la de Suelo No Urbanizable de Protección Específica tratándose, mas bien, del cumplimiento de una obligación derivada de una norma comunitaria...".

En relación con lo anterior, en el fundamento jurídico sexto se incorpora un fragmento de la Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de mayo 1998 , nº C-3/1996 (por error se dice que es de 18 de mayo) sobre las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del artículo 4.1 de la Directiva 79/409 del Consejo en orden a la designación de las zonas de protección especial. Transcribimos a continuación este fundamento, pero precisando que la sentencia citada se refiere a la aplicación de la Directiva Hábitats 92/43 /CEE, mientras que la materia que aquí se examina se refiere al cumplimiento de la Directiva Aves 79/409/CEE. Trascrito fielmente, dice así:

<< (...) SEXTO.- Para dar cumplimiento a la Directiva Hábitats se incoó un expediente administrativo que se publicó en el BOC nº 234 de 1 de diciembre de 2004. Así en la STJUE de 18 de mayo de 1998 (Asunto 3/1996, Comisión contra Reino de los Países Bajos , se expone:

"55. En primer lugar, debe señalarse que, contrariamente a lo que sostiene el Reino de los Países Bajos, el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de clasificar como ZPE los territorios más adecuados, en número y en superficie, para la conservación de las especies mencionadas en el Anexo I, obligación que no se puede eludir mediante la adopción de otras medidas de conservación especial.

56. En efecto, de esta disposición, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, se desprende que, cuando el territorio de un Estado miembro alberga tales especies, ese Estado debe determinar ZPE para éstas, en particular, (véase la sentencia de 17 de enero de 1991, Comisión/Italia, C-334/89 , Rec. p. I-93, apartado 10).

57. Tal interpretación de la obligación de clasificación es, por lo demás, conforme al régimen de protección singular y reforzado que prevé el artículo 4 de la Directiva, especialmente para las especies enumeradas en el Anexo I (véase la sentencia de 11 de julio de 1996, Royal Society for the Protection of Birds, C-44/95 , Rec. p. I-3805, apartado 23 ), máxime cuando incluso el artículo 3 establece, para todas las especies comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva , que la preservación, el mantenimiento y el restablecimiento de los biotopos y de los hábitats imponen, en primer lugar, medidas como la creación de zonas de protección.

Doctrina mantenida en la SSTJUE de 7 de diciembre de 2000 (Asunto C - 374/1998, Comisión contra Francia EDJ 2000/37162 , 13 de junio 2002 (Asunto C - 117/2000, Comisión contra Irlanda) EDJ 2002/20548 , 20 de marzo de 2003 (Asunto C - 378/2001, Comisión contra Italia) EDJ 2003/5131 y 18 de diciembre de 2007 (Asunto C - 186/2006, Comisión contra el Reino de España ), entre otras>>.

En el fundamento séptimo de la sentencia se aborda el motivo de impugnación referido a las designaciones de áreas realizadas, que la recurrente cuestiona por no haber sido utilizados datos actualizados para la delimitación de los espacios designados. La Sala de instancia desestima la tesis de la demandante por las siguientes razones:

<< (...) SÉPTIMO.-La parte actora apunta a un desfase de los documentos que se han tenido en cuenta y a que el único criterio seguido por la Administración haya sido las especies catalogadas en el Anexo 1 de la Directiva.

Pues bien, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de clasificar como ZPE los territorios más adecuados, en número y en superficie, para la conservación de las especies mencionadas en el Anexo I.

Al transmitir la Comisión Europea su llamada de atención a España ( 26 de enero de 2009, en el punto 25 señala : en ausencia de prueba científica en contrario, los lugares que figuran en los inventarios **IBA** 89 y su revisión de 1992, e **IBA 98** deberán considerarse como territorios que son esenciales para la conservación de las especies enumeradas en el Anexo I y de las obras especies migratorias, y que debería pues, clasificarse en ZEPAS de acuerdo con los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la Directiva 70/409/CEE .

En el punto 4 de las conclusiones del informe realizado por el Perito Sr. Ignacio , puede leerse " globalmente la zona estudiada se considera que reúne todos los requisitos necesarios para ser considerada

Zona Especial de Protección para las Aves y que la distribución de las especies clave se extiende por toda el área en estudio.

La opinión acerca de que los datos de un estudio científico vienen referidos a un tiempo concreto y el hecho de que puedan diferir en algo en el momento en que vuelven a ser analizados, es una opinión que puede predicarse de cualquier informe pero es lo cierto que en el expediente administrativo se deja constancia de la disponibilidad de datos recientes tanto por la SEO/ Birlife ("debe incluirse este sector entro de los límites de la ZEPA propuestas. Otras especies que se beneficiarían serían Corredor Sahariano, Ganga Ortega y Camachuelo Trompetero" como particulares ("revela la presencia de avistamientos de aves que pertenecen a las especies que protege la **IBA 335**, pero lo hace localizándolos más a norte...).

La Carta contiene un anexo 1 consistente en la Lista de áreas importantes para las aves (IBAS) no designadas como ZEPAS en España, entre ellas la 335 y en dicha Carta puede leerse " todo indica que el reino de España no ha clasificado como zonas de especial protección para las aves, en virtud de esta Directiva, suficientes territorios en número y superficie y que las zonas clasificadas no son tan variadas y representativas como para ofrecer una protección a todas las especies enumeradas en el Anexo I

En cualquier caso, en la **IBA 335** se examinan la buhara canaria ..."Corredor Sahariano "; Alcaraván Común, Ganga, Camachuelo Trompetero, Petrel de Bulwer, Pardela Cenicienta estimando la parte actora que los datos que se contienen respecto a dichas especies son imprecisos, pero Pues bien, En su segundo punto dice " ... En definitiva el inventario **IBA** puede ser utilizado por su valor científico reconocido". Por lo tanto las alegaciones de la parte actora no pueden prosperar.

En modo alguno se ha probado la " insuficiencia de soporte científico de los datos aportados por el Banco de la Biodiversidad" y el interesado pueda conocer con exactitud y precisión el cuándo, cómo y por qué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para la defensa de sus derechos e intereses, permitiendo también, a su vez, a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa.

La Comisión señala que " en el caso de España, el Inventario **IBA 98** completado en la actualidad por el Inventario **IBA 98** (publicado en noviembre de 1998 por SEO/Bird Life 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 cuales son los lugares más convenientes efectivamente para garantizar la conservación de todas las especies contempladas en el Anexo I y otras especies migratorias.

La sentencia de 28 de junio de 2007 (Asunto C-235/2004 Comisión España) dice " ...al no haber presentado un Estado miembro prueba científica alguna..." al no haberse aportado estudios científicos con los que se pueda rebatir los resultados de la **IBA 98**...">>.

Por todo ello, y como ya hemos visto, la sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo

**TERCERO.-** La representación procesal de Residencial Costa Roja S.L. preparó recurso de casación contra dicha sentencia y luego formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 24 de marzo de 2010 en el que, después de exponer los antecedentes del caso, aduce tres motivos de casación, dos de ellos (motivos primero y tercero) al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y el motivo segundo invocando el artículo 88.1.c/ de la misma Ley . El enunciado y contenido de los motivos es, en síntesis, el siguiente:

1. Infracción de la Directiva 79/409/CEE, ya que de la prueba practicada se desprende que no existen estudios científicos que determinan la designación de las áreas propuestas como zonas de especial protección para las aves, de manera que la propuesta carece absolutamente de motivación; y a ello añade la recurrente que con la demanda se presentó un estudio de D. Ignacio , del Departamento de Biología de la Universidad de Las Palmas, en el que se concluye que no todas las especies incluidas en el anexo han sido avistadas la zona de Llanos de la Mareta y Cantil del Rubicón. En el desarrollo del motivo se invocan las sentencias del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 1998 y 7 de diciembre de 2000 , en los puntos en que afirman que el Inventario **IBA 1998** no es jurídicamente vinculante.

2. Incongruencia omisiva de la sentencia, ya que no se pronuncia acerca del error denunciado en la demanda consistente en la falta de información pública de las modificaciones producidas en las nuevas áreas designadas.

3. Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se requiere reiterar el trámite de información pública cuando se producen modificaciones substanciales que supongan alteración del modelo de planeamiento.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia que case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se estime la demanda en los términos solicitados en su suplico.

**CUARTO.-** Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2010 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 providencia de 20 de julio de 2010 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 5 de octubre de 2010 en el que, tras exponer los fundamentos de su oposición, solicita la desestimación del recurso de casación.

**SEXTO.-** Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 3 de julio de 2012, 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 1783/2010 lo interpone la representación de la compañía Residencial Costa Roja S.L. 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 1 de junio de 2009 (recurso 17/2007) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Gobierno de Canarias de 24 de octubre de 2006 por el que aprobó la "Propuesta de Nuevas Áreas para su Designación como zonas de especial protección para las aves (ZEPA) en Canarias" 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).

[Siendo ese el objetivo de la Directiva 79/409/CEE que nos ocupa, no resulta conveniente traer a colación, como hace la sentencia de instancia, el Decreto 1997/1995, 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. Las ZEPAS -que es lo que aquí interesa- junto con las Zonas de Especial Conservación (ZEC) conforman la red Natura 2000. Pero la sentencia recurrida transcribe en su fundamento tercero el artículo 3 de la Directiva 92/43/CEE (Directiva Hábitats) que se ocupa de la designación y objetivos las zonas especiales de conservación (ZEC) que se forman a partir de los Lugares de Interés Comunitario. El citado Decreto 1997/1995 transpone a nuestro ordenamiento jurídico interno la parte de la Directiva 92/43/CEE (Hábitats) que no estaba hasta entonces incorporada, pero no se ocupa de las ZEPAS sino de las Zonas de Especial Conservación, por lo que su cita innecesaria y, por ello, hemos preferido no transcribir en los antecedentes esta parte de la fundamentación de la sentencia].

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 Residencial Costa Roja S.L., cuyos enunciados y contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

**SEGUNDO.-** El primer motivo de casación, en que se alega la infracción de la Directiva 79/409/CEE, del Consejo, relativa a la conservación de las aves silvestres, está incorrectamente articulado al no especificar

el precepto o apartado de la Directiva que se considera vulnerado, pues es requisito básico del recurso de casación la debida identificación de la norma infringida y tal exigencia no puede entenderse cumplida mediante la cita de textos normativos completos -en este caso, la Directiva 79/409/CCE- sin especificación de preceptos.

Por razón de la materia a que se refiere la controversia y por el contenido de los razonamientos contenidos en el motivo, puede entenderse que la recurrente se está refiriendo a la infracción del último apartado del artículo 4.1 de la Directiva, según el cual << *Los Estados miembros clasificarán en particular como zonas de protección especial los territorios más adecuados en número y en especie para la conservación de estas últimas dentro de la zona geográfica marítima y terrestre en que es aplicable la presente Directiva* >>. Dicho resumidamente, la recurrente aduce que las delimitaciones de ZEPAS propuestas carecen de motivación pues en ellas no se reflejan los estudios o criterios ornitológico que se han seguido para determinar las áreas propuestas, ni se establece el número de aves que se encuentran, ni los valores que se protegen, sino que simplemente establecen la delimitación territorial. En ese mismo orden de ideas, señala que la documentación utilizada es imprecisa e insuficiente; y llama la atención sobre la circunstancia de que la actualización del inventario **IBA** data de 1998, por lo que la información que contiene se encuentra desfasada, sin que hayan sido encargados estudios de puesta al día de los datos, habiéndose aportado con la demanda un estudio realizado por un profesor de biología que solicitaba una prórroga de plazos para realizar un informe. La recurrente cierra su argumentación con la cita de las sentencias del Tribunal de la Unión Europea, de 19 de mayo de 1998 (Comisión/Paises Bajos ) y de 7 de diciembre de 2000 (Comisión/Francia), en las que se declara que el inventario **IBA** no es jurídicamente vinculante para los Estados Miembros.

Pues bien, aparte de lo ya señalado acerca de su defectuosa formulación, el motivo planteado en los términos que acabamos de reseñar no puede ser acogido.

En realidad el motivo de casación viene a ser una reproducción de los argumentos contenidos en la demanda, de la que se transcriben íntegramente algunos párrafos, mientras que en su desarrollo se olvida casi por completo de los razonamientos contenidos en la sentencia, que, como hemos visto, 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 ya hemos indicado, 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 frágiles 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 traer aquí a colación 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 rechaza 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 mismas 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 territorios 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 ello ha de agregarse que en el expediente en el que se dictó el acuerdo del Gobierno de Canarias a que se refiere la presente controversia se contó con la información científica actualizada del Banco de Datos de Biodiversidad de Canarias, cuyos datos cuentan con georeferenciación. En el informe sobre alegaciones obrante a la página 494 del expediente se indica que la información que accede al Banco de Datos requiere de una validación científica. Y también ese informe se pronuncia sobre la validez temporal de los datos, que según la recurrente habían perdido vigencia, 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 período de tiempo largo>>.

Por todo ello, carece de rigor la tesis de la recurrente de que la delimitación de ZEPAS propuesta no está motivada por no haberse llevado a cabo estudios específicos actualizados, pues la designación se ha llevado a cabo utilizando criterios científicos ornitológicos, mediante la utilización de las 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.

**TERCERO.-** En el segundo motivo de casación, formulado al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , la recurrente alega que la sentencia incurre en incongruencia omisiva al no

pronunciarse acerca del error denunciado en la demanda consistente en la falta de información pública de las modificaciones en las nuevas áreas designadas.

En el fundamento cuarto de la demanda se alegaba que durante la tramitación del procedimiento (de la propuesta realizada en 2004 a la contenida en la propuesta de 2006) se habían producido modificaciones sustanciales en las propuestas de nuevas áreas para su designación, suprimiéndose dos zonas y reduciéndose o ampliándose las superficies de diversas zonas propuestas, que allí detallaba. Por ello, aducía la demandante, "... se hace necesaria la repetición del trámite de información pública". Frente a ese planteamiento, el letrado de la Comunidad Autónoma ponía de relieve la inexistencia de un procedimiento específico para la designación de áreas propuestas para ZEPA, no obstante lo cual, en el procedimiento tramitado fueron practicados los trámites de audiencia a los Cabildos y de información pública general. En cualquier caso, la Administración autonómica demandada recordaba que la propuesta se realizó sobre espacios previamente delimitados y declarados como IBAs, lo que supone que el modelo viene definido por los IBAs. Con todo, como entre la propuesta de 2004 y la 2006 se introdujeron modificaciones trascendentes que afectaban únicamente a la isla de Fuerteventura, se determinó la reiteración del trámite de información pública únicamente para dicha isla. El resto de las modificaciones -según indicaba el Letrado de la Comunidad Autónoma- consistieron en ampliaciones de escasa entidad y sin incidencia significativa, lo que hacía innecesario reiterar el trámite de información pública.

Pues bien, la sentencia de instancia no da respuesta a esta cuestión, ni expresa ni tácitamente; y al no haber sido abordada en la sentencia han resultado vulnerados el artículo 67.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y el 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que imponen la exigencia de que la sentencia decida todas las cuestiones controvertidas, en la dicción del primero, y todos los puntos litigiosos, en la del segundo.

Que la sentencia no ha dado respuesta expresa al debate sobre la eventual necesidad de reiteración del trámite de información pública es algo que resulta indiscutible. Y no cabe entender que se haya dado una respuesta tácita a la cuestión, como parece propugnar el Letrado de la Comunidad, porque para ello, según la doctrina constitucional, hubiera sido necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la sentencia pudiera deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión ejercitada sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita ( SsTC 1/2001, FJ 4, y 141/2002, FJ 3).

Por tanto, con acogimiento del motivo segundo, la sentencia de instancia debe ser casada.

**CUARTO.-** Una vez establecido que la sentencia recurrida debe ser casada, procede que entremos a resolver dentro de los términos en que apareciera planteado el debate ( artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción ); y, en particular, habremos de abordar aquella cuestión planteada en el proceso y que la Sala de instancia dejó sin examinar, esto es, la relativa necesidad de reiteración del trámite de información pública en virtud de las alteraciones operadas en las delimitaciones de ZEPAS. Y con ello estaremos abordando también el motivo de casación tercero, donde se suscita esa misma cuestión. Veamos.

La recurrente, sobre la base del informe jurídico de la Viceconsejera de Medio Ambiente que figura en el expediente, trae a colación la jurisprudencia relativa a la necesidad de reiterar la información pública cuando durante la tramitación de los instrumentos de planeamiento urbanístico se introducen modificaciones sustanciales.

Ya de entrada podemos señalar que no cabe trasladar sin matices a los procedimientos de designación de propuestas de ZEPAS esa jurisprudencia a que alude la recurrente, que se refiere a las alteraciones que afectan al modelo de ordenación urbanístico, un ámbito éste donde los márgenes de decisión o de elección son amplios y responden a criterios urbanísticos. Acaso habría resultado más certero haber traído a colación la 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 (que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE); pero tampoco de esta norma se obtiene una conclusión favorable a la recurrente.

Sucede que, como acertadamente aclara el Letrado de la Comunidad Autónoma de Canarias, la información pública fue reiterada en las zonas correspondientes a la isla de Fuerteventura, dato que ya había puesto de relieve al contestar a la demanda y que resultaba acreditado en el expediente. En los demás casos, los cambios operados -de ampliación o reducción de las superficies de las zonas propuestas- en modo alguno son asimilables a los supuestos de alteraciones del planeamiento urbanístico que afectan al modelo territorial o a la estructura del territorio y ello, entre otras razones, porque las delimitaciones propuestas se realizan sobre los Lista de áreas importantes para las aves (IBAS). A diferencia de lo que ocurre en los planes urbanísticos, no se trata aquí de optar por un modelo o por una estructura territorial, decisiones con un amplio componente de discrecionalidad, sino de la designación de ZEPAs suficientes, en número y en superficie, y con base a

criterios científicos, en razón de los objetivos de protección de las especies de aves enumeradas en el anexo I de la Directiva 79/409, así como de las especies migratorias no contempladas en dicho anexo. Por tanto, los ajustes de los perímetros de las zonas propuestas, que es lo realmente producido en los casos en que no se ha repetido la información, no pueden equipararse a supuestos de alteraciones sustanciales que obliguen a reiterar el trámite ordenado para garantizar el derecho de participación de los ciudadanos en materia de medio ambiente.

Por tanto, la cuestión suscitada en la demanda -y reiterada en el motivo de casación tercero- sobre la necesidad de un nuevo trámite de información pública, debe ser desestimada.

**QUINTO.-** En cuanto a las demás cuestiones suscitadas en el proceso de instancia, y sobre las que no se ha suscitado debate en casación, nos remitimos al contenido de la sentencia recurrida, cuyas consideraciones hacemos nuestras -salvo las vertidas en el fundamento jurídico tercero, del que es preferible prescindir para no dar lugar a confusiones entre categorías distintas de áreas protegidas-, completándolas con las que hemos expuesto al examinar el primer motivo de casación. Y todo ello conduce a la conclusión de que el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

**SEXTO.-** Al ser acogido el segundo de los motivos de casación aducidos por la entidad Residencial Costa Roja S.L., no procede imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes personadas, debiendo correr cada parte con las suyas en lo que se refiere a las del proceso de instancia, al no haberse apreciado temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes ( artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción ).

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

## FALLAMOS

1º) Ha lugar al recurso de casación nº 1783/2010 interpuesto por la representación de RESIDENCIAL COSTA ROJA S.L. 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 1 de junio de 2009 (recurso contencioso-administrativo 17/2007 ), que ahora queda anulada y sin efecto.

2º) Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de RESIDENCIAL COSTA ROJA S.L. contra el acuerdo del Gobierno de Canarias de 24 de octubre de 2006 por el que se aprobó la "Propuesta de Nuevas Áreas para su Designación como zonas de especial protección para las aves (ZEPA) en Canarias" 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.

3º) No hacemos imposición de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia hallándose la Sala celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.