

EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS MARISMAS DE SANTOÑA

(Comentario a la Sentencia del T.J.C.E. de 2 de agosto de 1993,
Comisión c. España, C-355/90)

Por CARLOS FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES. 1. *La interpretación de los artículos 3 y 4 de la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979.* A) La aplicación de las obligaciones de los artículos 3 y 4. B) Carácter de las obligaciones de los artículos 3 y 4. C) Primacía de las exigencias ecológicas. 2. *La obligación de clasificar un hábitat como zona de protección especial.* 3. *La obligación de proteger las Marismas de Santoña con arreglo al apartado 4 del artículo 4 de la Directiva.* A) El trazado parcial de una carretera. B) La construcción de polígonos industriales. C) La creación de estructuras de acuicultura. D) El vertido de aguas residuales.—III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION (1)

La conservación de las aves silvestres es objeto de regulación por la Comunidad Europea a través de la Directiva del Consejo 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979 (2), que se refiere

(*) Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea.

(1) El autor agradece a Rosario Silva de la Puerta, Abogado del Estado y Jefe del Servicio Jurídico ante el T.J.C.E., el amable envío de la Sentencia objeto del presente estudio. La Sentencia del T.J.C.E. es de 2 de agosto de 1993, dictada en el *asunto 355/90, Comisión/ Reino de España*. La Sentencia no ha sido publicada todavía en el *Repertorio*.

(2) *D.O.C.E.*, núm. L 103, de 25 de abril de 1979. La última modificación de esta Directiva ha tenido lugar a través de la Directiva 86/122/CEE (*D.O.C.E.*, núm. L 100,

«a la conservación de todas las especies de aves que viven normalmente en estado salvaje en el territorio europeo de los Estados miembros en los que es aplicable el Tratado. Tendrá como objetivo la protección, la administración y la regulación de dichas especies y de su explotación» (3).

A tal fin, con arreglo al artículo 2, los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para mantener o adaptar las poblaciones de todas las especies de aves contempladas en el artículo 1 en un nivel que corresponda en particular a las exigencias ecológicas, científicas, culturales, habida cuenta de las exigencias económicas y recreativas.

Para alcanzar ese objetivo, esta Directiva contiene dos tipos de medidas tendentes a asegurar la protección de las especies en tanto que tales, regulando su captura (artículos 5-9) y a conservar los hábitats (artículos 3 y 4).

Desde la perspectiva española, conviene recordar dos cosas. En primer lugar, que la Directiva 79/409/CEE es anterior a la adhesión de nuestro país a la Comunidad (hecho que, como es sabido, tuvo lugar el 1 de enero de 1986). En segundo término que, dado que durante la negociación de las condiciones de adhesión de España a la Comunidad no se solicitó ninguna moratoria para la aplicación de esta Directiva, en virtud del artículo 2 del Acta de Adhesión, la misma es obligatoria para nuestro país desde el momento de la adhesión, añadiendo el artículo 395 del citado Acta la obligación para España de poner en vigor las medidas necesarias para cumplir con la Directiva desde ese mismo instante. Este dato es destacado por el T.J.C.E. en el momento de analizar las obligaciones exigibles a España.

Hasta la Sentencia del T.J.C.E. de 2 de agosto de 1993 objeto del

de 16 de abril de 1986, págs. 22 ss.). Los Anexos I y III de la Directiva 79/409/CEE han sido sustituidos por los Anexos I y III de la Directiva 91/244/CEE, de 6 de marzo de 1991 (D.O.C.E., núm. L, 115, de 8 de mayo de 1991, págs. 41 ss.).

Sobre la protección del medio ambiente en Derecho Comunitario europeo vid. con carácter general nuestro trabajo *La Protección del medio ambiente en Derecho Internacional, Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1992.

(3) Artículo 1. La Directiva se aplica a las aves, así como a sus huevos, nidos y hábitats (artículo 1.2). La protección específica de los hábitats es objeto de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992 (D.O.C.E., núm. L 206, de 22 de julio de 1992), relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

presente estudio, la jurisprudencia del Tribunal sobre la Directiva 79/409/CEE había estado relacionada con el tema de la caza (4). En otro asunto se había planteado la incidencia en la creación de zonas de protección especial (5). El contenido de esta obligación va a ser precisado por el Tribunal en esta Sentencia que declara su incumplimiento por España.

En el asunto que nos ocupa se invoca el incumplimiento por España de los artículos 3 y 4 de la Directiva al considerar que nuestro país no adoptó en las Marismas de Santoña las medidas de mantenimiento y conservación exigidas por la Directiva, como consecuencia:

- de haber reducido la superficie de la zona de marismas con la construcción del nuevo trazado de la carretera C-629 entre Argoños y Santoña;
- de los proyectos de creación de los polígonos industriales de Laredo y Colindres;
- de haber concedido a una Asociación de pescadores la autorización para la creación de estructuras de acuicultura;
- del vertido de aguas residuales a la marisma.

Sin embargo, no retendrá los motivos del recurso de la Comisión relativos a la violación de la Directiva como consecuencia del vertido de residuos sólidos (resuelto en 1988) y de las obras de relleno efectuadas por el Ayuntamiento de Escalante (prohibidas en 1986) así como las actividades de la cantera de Montehano, al estimar las alegaciones del Gobierno.

El asunto objeto de la Sentencia que comentamos tiene un doble interés: de un lado, el ecológico. De otro, el hecho de que el incumplimiento que declara el T.J.C.E. es consecuencia de actuaciones (activas

(4) Así, en los asuntos: 252/85, *Comisión c. República Francesa*, Sentencia de 27 de abril de 1988 (*Recueil 1988-4*, págs. 2243-2270); 339/87, *Comisión c. Reino de los Países Bajos*, Sentencia de 15 de marzo de 1990 (*Recueil 1990*, págs. 851-888); 157/89, *Comisión c. República Italiana*, Sentencia de 17 de enero de 1991 (*Recueil 1991-I*, págs. 57-91); 288/88, *Comisión c. República Federal Alemana*, (*Recueil 1988*, págs. 851-888); 435/92, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres c. Préfet de Maine-et-Loire et autres* (*Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Semana del 20 de septiembre al 1 de octubre de 1993, págs. 5 y s.).

(5) Del artículo 4. Así, en el asunto 334/89, *Comisión c. República Italiana*, Sentencia de 17 de enero de 1991 (*Recueil 1991/I*, págs. 93-106).

y pasivas) realizadas por la Administración Central del Estado, por la Comunidad Autónoma de Cantabria y por municipios ribereños de la marisma.

II. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. LA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 3 Y 4 DE LA DIRECTIVA

Los artículos 3 y 4 de la Directiva 79/409/CEE obligan a los Estados miembros a proteger los hábitats adoptando medidas de preservación, mantenimiento o restablecimiento mediante la creación de zonas de protección, a mantener y ordenar los hábitats que se encuentren en el interior y en el exterior de las zonas de protección, a restablecer los biotopos destruidos y a desarrollar nuevos biotopos; imponiendo medidas de conservación especiales en cuanto al hábitat de las especies mencionadas en el Anexo I. Igualmente, los Estados miembros deberán adoptar medidas semejantes respecto de las especies migratorias no contempladas en el Anexo I, concretadas en la asignación de una importancia particular a la producción de las zonas húmedas, en especial a las de importancia internacional.

Mediante escrito presentado el 30 de noviembre de 1990, la *Comisión* de las Comunidades Europeas interpuso un recurso con el fin de que se declarase el incumplimiento por el Reino de España de los artículos 3 y 4 (6). En las conclusiones presentadas en la audiencia pública del T.J.C.E. el 9 de junio de 1993, el *Abogado General* le propone que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben tanto por no haber clasificado las Marismas de Santoña como zona de protección especial (artículo 4.1), como por no haber tomado las medidas adecuadas (artículo 4.4) «para evitar en dicha zona la contaminación o el deterioro de los hábitats así como las perturbaciones que

(6) Y esto: «al no haber adoptado las medidas de mantenimiento y conservación según los imperativos ecológicos de los hábitats ni las medidas de restablecimiento de los biotopos destruidos en las Marismas de Santoña, situadas en la Comunidad Autónoma de Cantabria, al no haber clasificado dichas Marismas como zona de protección especial y al no haber adoptado las medidas adecuadas para evitar la contaminación o el deterioro de los hábitats de las mismas» (*Boletín de Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Semana del 2 al 6 de agosto de 1993, núm. 24/93, pág. 4).

afectan a las aves» (7). La posición del *Gobierno español* reposa sobre una triple argumentación:

- las obligaciones de los artículos 3 y 4 sólo pueden ser aplicadas de forma progresiva y no inmediata;
- los artículos 3 y 4 sólo imponen una obligación de resultado que consiste en garantizar la conservación de las aves silvestres;
- las exigencias ecológicas impuestas por estos artículos deben ser subordinadas a otros intereses tales como los de índole social y económica o, al menos, deben ser ponderadas con estos intereses.

La *Comisión* replica esta argumentación, afirmando que:

- los artículos 3 y 4 implican la adopción de medidas precisas para conservar los hábitats de las aves silvestres;
- los artículos 3 y 4 obligan a los Estados miembros a preservar, mantener y restablecer los hábitats en tanto que tales, debido a su valor ecológico.

A) *La aplicación de las obligaciones de los artículos 3 y 4*

Frente a la argumentación del Gobierno español, para el cual esas obligaciones sólo pueden ser aplicadas de forma progresiva y no inmediata, el T.J.C.E. le va a recordar que en el Acta de Adhesión de España no consta ninguna disposición permitiendo una aplicación aplazada de la Directiva 79/409/CEE, por lo que de conformidad con el artículo 395 del citado Acta la norma comunitaria era obligatoria desde el momento de la adhesión. Por otro lado, el Tribunal destaca el hecho de que la Comisión concediera al Gobierno español un plazo considerable para ajustarse a las obligaciones derivadas de la Directiva, ya que el recur-

(7) «En particular, al cerrar los diques levantados alrededor de los polígonos industriales proyectados en Laredo y Colindres (debiendo tomarse nota de la promesa del Reino de España para destruir dichos diques), al haber construido una nueva carretera entre Argoños y Santoña, al haber realizado determinados proyectos de acuicultura dentro de la zona de marismas y/o al haber destruido los diques y empalizadas construidos en su alrededor, así como al haber vertido en las marismas aguas residuales sin depurar de los municipios limítrofes» (*Boletín de Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Semana del 2 al 6 de agosto de 1993, núm. 24/93, págs. 5 y s.).

so sólo se interpuso «después de transcurridos más de dos años desde el escrito de requerimiento y casi cinco años después de la adhesión del Reino de España a las Comunidades» (8).

Respecto a la argumentación del Gobierno español relativa al modo de aplicación —progresivo y no inmediato— de las obligaciones de los artículos 3 y 4, el Tribunal la desestima porque

«... el Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas no contiene ninguna disposición particular relativa a la aplicabilidad de la Directiva en dicho Estado miembro, quien, en virtud del artículo 395 de dicha Acta, debía poner en vigor las medidas necesarias para atenerse a la misma desde el momento de la adhesión. Además, la Directiva misma no contiene indicación alguna en cuanto a la concesión de un plazo específico para que las autoridades nacionales cumplan las obligaciones establecidas en sus artículos 3 y 4, las cuales, al igual que el conjunto de disposiciones de la Directiva, debían ser incorporadas al Derecho nacional en el plazo de dos años previsto en el artículo 18 de la Directiva».

B) *Carácter de las obligaciones de los artículos 3 y 4*

En relación con el carácter de las obligaciones de esos artículos —de resultado, según el Gobierno español; de adopción de medidas precisas para conservar los hábitats de las aves silvestres, según la Comisión— el Tribunal manifiesta, en primer lugar, que las obligaciones de los artículos 3 y 4 existen desde antes de que se haya comprobado una disminución del número de aves o de que se haya concretado un riesgo de extinción de una especie protegida (9). En segundo término, define

(8) Párrafo núm. 12 de la Sentencia.

(9) Así: «Procede dar la razón a la Comisión sobre este extremo. Los artículos 3 y 4 de la Directiva obligan a los Estados miembros a preservar, mantener y restablecer los hábitats en tanto que tales, debido a su valor ecológico. Por otra parte, según el noveno considerando de la Directiva, 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. Las obligaciones a cargo de los Estados miembros, derivadas de los artículos 3 y 4 de la Directiva, existen, por tanto, desde antes de que se haya comprobado una disminución del número de aves o de que se haya concretado un riesgo de extinción de una especie protegida» (párrafo 15 de la Sentencia).

el carácter de esas obligaciones: *generales* en el caso del artículo 3 (la obligación de garantizar una diversidad y una superficie suficiente de hábitats para todas las especies de aves contempladas por la Directiva); *específicas* en el supuesto del artículo 4 (relativas a las especies de aves enumeradas en el Anexo I y a las especies migratorias no contempladas en ese Anexo, y esto, se cree o no una zona de protección especial) (10).

C) *Primacía de las exigencias ecológicas*

Por último, la argumentación del Gobierno español según la cual las exigencias ecológicas impuestas por los artículos 3 y 4 deben ser subordinadas a otros intereses tales como los de índole social y económica o, al menos, deben ser ponderadas con estos intereses, también es rechazada por el Tribunal:

«No se puede acoger esta alegación. En efecto, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, Comisión/Alemania (C-57/89, Rec. p. I-883), resulta que los Estados miembros, al aplicar la Directiva, no están facultados para invocar a su albedrío razones para establecer excepciones en la consideración de otros intereses» (11).

La tensión entre las exigencias ecológicas y las de carácter económico y recreativo se halla presente en otros asuntos anteriores al que constituye el objeto de nuestro estudio. El artículo 2 de la Directiva las menciona. De su lectura se desprende la primacía de la protección con el contrapeso de la expresión: «habida cuenta de las exigencias econó-

(10) El Tribunal lo afirma en los siguientes términos:

«Por último, sobre la relación entre los artículos 3 y 4 de la Directiva, procede recordar que la primera de estas disposiciones impone obligaciones de carácter general, a saber, la obligación de garantizar una diversidad y una superficie de hábitats para todas las especies de aves contempladas por la Directiva, mientras que la segunda contiene obligaciones específicas que afectan a las especies de aves enumeradas en el Anexo I y a las especies migratorias no contempladas en este Anexo. Dado, como resulta probado, que estas dos categorías de aves se hallan en las Marismas de Santoña, basta examinar los motivos formulados por la Comisión a la luz de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva» (párrafo 23 de la Sentencia).

(11) Párrafo 18 de la Sentencia.

micas y recreativas». El análisis de la jurisprudencia del T.J.C.E. nos va a permitir conocer los criterios que utiliza para establecer una jerarquía en las exigencias contempladas por el artículo 2 de la Directiva.

La tensión a la que aludimos es destacada por el Tribunal en los *asuntos 247/85, Comisión c. Reino de Bélgica y 262/85, Comisión c. República Italiana*, en los que señala que la protección de las aves debe ser contrapesada con otras exigencias como las de orden económico (12). Ahora bien, al colocar en el fiel de la balanza ambos grupos de exigencias, el Tribunal se inclina por otorgar la prioridad a las de carácter ecológico, rechazando las que invocan los Estados miembros excepto si obedecen «a un interés general superior» no concretado, por cierto, en su jurisprudencia relativa a la Directiva 79/409/CEE. En el asunto que estamos analizando, el Gobierno español afirmó que las exigencias ecológicas impuestas por el artículo 2 «deben ser subordinadas a otros intereses tales como los de índole social y económica o, al menos, deben ser ponderadas con estos intereses» (13). El Tribunal, amparándose en su jurisprudencia anterior no acoge esa alegación dado que, al aplicar la Directiva, los Estados miembros «no están facultados para invocar a su albedrío razones para establecer excepciones basadas en la consideración de otros intereses» (14).

La rigidez del Tribunal a la hora de aceptar excepciones a la exigencia

(12) «Por tanto, incluso si el artículo 2 no constituye una derogación autónoma al régimen general de protección, demuestra que la directiva misma toma en consideración, de un lado, la necesidad de una protección eficaz de las aves y, de otro, las exigencias de la salud y seguridad públicas, de la economía, de la ecología, de la ciencia, de la cultura y del esparcimiento» (párrafo 8 de las Sentencias de 8 de julio de 1987, *Recueil 1987-7*, págs. 3029-3072 y 3073-3107, respectivamente).

(13) Párrafo 17 de la Sentencia. Sobre este particular vid. KRAMER, L., «Effet national des directives communautaires en matière d'environnement», *R.J.E.*, 1990/3, págs. 325-349. En especial pág. 335. Vid. también RIECHENBERG, R., «La Directiva sobre la protección de las aves salvajes: un hito en la política comunitaria del medio ambiente», *R.I.E.*, 1990/2, págs. 369-401. En especial, págs. 386-390.

(14) *Ibid.*, párrafo 18. Razones que, para ser admisibles, «deben obedecer a un interés general superior a aquel al que responde el objetivo ecológico previsto por la Directiva. En particular, no se pueden tomar en consideración los intereses enunciados en el artículo 2 de la Directiva, a saber, las exigencias económicas y recreativas. A este respecto, este Tribunal de Justicia declaró efectivamente, en sus Sentencias de 8 de julio de 1987, *Comisión/Bélgica y Comisión/Italia (247/85, Rec. págs. 3029 y 262/85, Rec. pág. 3073)*, que esta disposición no constituía una excepción autónoma al régimen de protección establecido por la Directiva» (*ibid.*, párrafo 19).

ecológica de protección, incluso por motivos previstos por el artículo 2 de la Directiva (exigencias económicas y recreativas), parece razonable por el carácter preventivo que posee en la medida en que su objetivo es que la obligación general de protección no se debilite como consecuencia de los intereses particulares de los Estados miembros. Las exigencias, sobre todo, económicas y máxime en tiempos de crisis, suelen recibir una prioridad casi absoluta frente a cualesquiera otros intereses. Aceptar la brecha que desearían abrir los Estados miembros invocando excepciones conllevaría, sin duda, la frustración de la Directiva. De ahí que consideremos acertada la interpretación del Tribunal al primar las exigencias ecológicas sobre las de otro tipo.

Este mismo criterio restrictivo fue utilizado por el T.J.C.E. en el *asunto 57/89, Comisión c. República Federal Alemana* (15), en el que manifestó que los intereses enunciados en el artículo 2 de la Directiva — exigencias económicas y recreativas — no podían ser tomadas en consideración. Sin embargo, en ese asunto, el Tribunal admitió derogaciones a las obligaciones contempladas por la Directiva, aceptando la reducción por Alemania de una zona de protección especial (16) porque, según el Tribunal, la reducción de la zona declarada de protección especial fue compensada con una serie de medidas (17). Y ello, a pesar de haber manifestado antes expresamente que el interés alegado por el Gobierno alemán, en principio, era incompatible con las exigencias del artículo 4.4 de la Directiva (18). Como advierte SADELEER, «los conjuntos naturales son únicos y no idénticos..... el principio de compen-

(15) Sentencia de 28 de febrero de 1991 (*Recueil 1991*, págs. 883-933).

(16) Por Reglamento del Land de Baja Sajonia, de 21 de diciembre de 1985, se creó el Parque Nacional «Niedersächsisches Wattenmeer» que incluía la Bahía de Leybucht. Mediante comunicación a la Comisión de 6 de septiembre de 1988, el Gobierno alemán notificaba la clasificación de la citada Bahía como zona de protección especial con arreglo al artículo 4.3 de la Directiva 79/409/CEE.

(17) El Gobierno alemán alegó la existencia de peligro de inundaciones, la protección de la costa, la necesidad de asegurar el acceso de los barcos de pesca al puerto, para justificar la reducción. Las compensaciones se concretaron en el cierre de dos canales de navegación que darían lugar a que esa zona conociera una calma absoluta, y en la apertura de otro dique que expondría la zona al movimiento de las mareas.

(18) Esta interpretación del T.J.C.E. ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, a la que no le han parecido adecuadas las medidas compensatorias adoptadas por Alemania. Vid. SADELEER N. DE, «Droit Communautaire. Protection de la Nature», *Revue Juridique de l'Environnement (R.J.E.)*, 1992/3. En especial, pág. 364.

sación, pese a sus méritos teóricos, presenta muchos riesgos y justamente por eso es por lo que algunos autores lo han descrito como un medio terriblemente eficaz para destruir la naturaleza» (19).

2. LA OBLIGACIÓN DE CLASIFICAR UN HÁBITAT COMO ZONA DE PROTECCIÓN ESPECIAL

De acuerdo con el artículo 3 de la Directiva, la preservación, el mantenimiento y el restablecimiento de los biotopos y de los hábitats impondrán como una de las medidas, la creación de zonas de protección. El artículo 4.1, último párrafo, recoge esta misma obligación en relación con las especies de aves del Anexo I.

De la lectura de ambas disposiciones parece, a primera vista, que los Estados miembros poseen una amplia libertad a la hora de elegir las zonas que desean clasificar como de protección especial. La jurisprudencia del T.J.C.E. dictada con anterioridad expresaba que los Estados miembros gozan «de un cierto margen de apreciación» al escoger los territorios más apropiados para clasificar como zona de protección especial. Sin embargo, la Sentencia de 2 de agosto de 1993 lo desmiente al restringir ese margen de apreciación en la medida en que declara el incumplimiento de la Directiva por el Reino de España al no haber clasificado las Marismas de Santoña como zona de protección especial. Es el Tribunal el que considera que esas marismas debían haber sido objeto de esa clasificación sustituyendo, así, la voluntad del Estado.

Con anterioridad, en el *asunto 334/89, Comisión c. República Italiana*, el Tribunal había perfilado el contenido de esta obligación de creación de zonas de protección al manifestar que el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el Anexo I de la Directiva «ha de realizarse a través de la identificación, para cada especie, de zonas de protección especial y mediante la adopción de medidas de conservación especial» (20). Por eso, «todos los Estados miembros están obligados, en virtud del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, a adoptar medidas especiales de protección y de conservación exigidas para estas especies. Posteriormente, deben informar a la Comisión del modo en que

(19) Ibid. Y cita a UNTERMAIER, J., «De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé», *R.J.E.*, 1986/4, pág. 381.

(20) Ya citada, párrafo 8.

han cumplido estas obligaciones», incumbiendo a los Estados miembros determinar las especies que deben ser objeto de medidas especiales de protección y conservación exigidas por el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva (21).

En la Sentencia ya citada, relativa al *asunto 57/89, Comisión c. República Federal Alemana*, el T.J.C.E. aborda por vez primera la reducción de una zona declarada con anterioridad como zona de protección especial, manifestando expresamente que los Estados miembros carecen de un margen de apreciación para adoptar semejante decisión ya que, de lo contrario, podrían sustraerse unilateralmente a las obligaciones que les impone el artículo 4.4 en lo que concierne a las zonas de protección especial (22).

Por lo que se refiere a las Marismas de Santoña, por Ley 6/1992, de 27 de marzo (23), el Gobierno español clasificó las Marismas de Santoña y Noja como reserva natural, alegando ante el T.J.C.E. que «las autoridades nacionales disponen de un margen de apreciación en cuanto a la elección y a la delimitación de las zonas de protección especial así como en cuanto al momento de su clasificación» (24). En su respuesta, el Tribunal precisa los criterios que determinan la clasificación de un espacio como zona de protección especial. En efecto,

«26... Si bien es cierto que los Estados miembros gozan de cierto margen de apreciación en cuanto a la elección de las zonas de

(21) *Ibid.*, párrafo 7. En ese asunto, precisamente, el T.J.C.E. declaró el incumplimiento por Italia de la Directiva 85/411, de la Comisión, de 25 de julio de 1985, por la que se modificaba la Directiva 79/409/CEE, al no haber establecido ninguna zona de protección especial.

(22) En su opinión esa interpretación es confirmada por el noveno considerando de la Directiva. Añade que sólo por razones excepcionales la reducción podría justificarse, razones que deben corresponder a un interés general superior al que responde el objetivo ecológico contemplado por la Directiva. En este asunto, el T.J.C.E. desecha intereses como el peligro de inundaciones, la protección de la costa y asegurar el acceso de los barcos de pesca al puerto sito en el interior de la Bahía de Leybucht. Como ya hemos indicado anteriormente, el Tribunal concluye que no ha habido incumplimiento al admitir algunas medidas compensatorias propuestas por el Gobierno alemán.

(23) *B.O.E.*, núm. 77, de 30 de marzo de 1992. Con anterioridad, mediante Decreto núm. 30/1987, de 8 de mayo de 1987, la Comunidad Autónoma creó los refugios nacionales de aves acuáticas de las marismas de Santoña, rías de La Rabia y Zapedo y embalse del Ebro (*B.O. de Cantabria*, núm. 102, de 22 de mayo de 1987), prohibiendo en ellos el ejercicio de la caza.

(24) Párrafo 25.

protección especial, sin embargo la clasificación de dichas zonas obedece a ciertos *criterios ornitológicos*, determinados por la Directiva, *tales como*, por una parte, *la presencia de aves enumeradas en el Anexo I* y, por otra, *la calificación de un hábitat como zona húmeda*» (25).

El hecho de haber clasificado las Marismas de Santoña y Noja como Reserva Natural no impide que el T.J.C.E. declare el incumplimiento del Derecho Comunitario por parte de España. Esa clasificación tiene lugar en el marco de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (26), que transpone «al ordenamiento jurídico español las Directivas de la Comunidad Económica Europea sobre protección de la fauna y la flora, entre ellas la número 79/409/CEE, relativa a la conservación de las aves silvestres» (27). Sin embargo, en opinión del Tribunal, ese acto «no se puede considerar que satisfaga las exigencias establecidas por la Directiva, tanto en lo relativo a la extensión territorial de dicha zona como a su estatuto jurídico de protección» (28). Respecto a la *extensión territorial*,

«..., hay que hacer constar que el territorio de la Reserva Natural *no comprende la totalidad de las marismas*, pues queda excluida una superficie de 40.000 m². Estos terrenos tienen, sin embargo, una importancia particular para las aves acuáticas amenazadas de extinción con arreglo a la letra a) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, dado que se ha comprobado una reducción progresiva de los espacios disponibles para la nidificación en las demás zonas de marisma próximas a la costa» (29).

En cuanto al *estatuto jurídico de protección*,

«30. Es preciso señalar además que no se han precisado las medidas de protección necesarias, ni siquiera para las marismas situadas en la zona clasificada. De este modo, de los autos se

(25) El subrayado es nuestro.

(26) *B. O. E.*, núm. 74, de 28 de marzo de 1989.

(27) Párrafo once de la Exposición de Motivos de esta Ley. Al amparo del artículo 12 de la citada Ley, las Marismas de Santoña se declaran como «Reserva Natural» por Ley 6/1992, de 27 de marzo.

(28) Párrafo 28 de la Sentencia de 2 de agosto de 1993.

(29) *Ibid.*, párrafo 29. El subrayado es nuestro.

deduce que las autoridades competentes *no han aprobado el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales* previsto en el artículo 4 de la Ley. Sin embargo, este Plan tiene una importancia primordial para la protección de las aves silvestres, ya que está dirigido a identificar las actividades que supongan una alteración de los ecosistemas de la zona.

31. Puesto que no se han adoptado medidas tan esenciales como las que establezcan la ordenación de esta zona o que regulen la utilización de las marismas y las actividades ejercidas en las mismas, no se puede considerar que se hayan satisfecho las exigencias de la Directiva» (30).

3. LA OBLIGACIÓN DE PROTEGER LAS MARISMAS DE SANTOÑA CON ARREGLO AL APARTADO 4 DEL ARTÍCULO 4 DE LA DIRECTIVA

La posición del Gobierno español en el asunto que estamos analizando ofrecía otros flancos que le situaban en una posición propicia a la declaración de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva, como es el caso de los cuatro siguientes: la existencia de un trazado parcial de una carretera entre Argoños y Santoña que afectaba a la Marisma, la creación de polígonos industriales en los municipios de Laredo y Colindres ribereños de la Marisma, la creación de estructuras de acuicultura en la Marisma y el vertido de aguas residuales a la misma. Salvo en la cuestión del vertido de aguas residuales a la Marisma, lo que se plantea en esta parte del asunto es la colisión entre dos concepciones en torno al contenido del grado de protección otorgado a las Marismas de Santoña: uno, el del Gobierno español, que considera

(30) *Ibid.*, párrafo 29. El subrayado es nuestro. En relación con la aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, esta exigencia, de conformidad con el artículo 15 de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres ya citada, es previa a la declaración de una zona como «Reserva». Sólo excepcionalmente «cuando existan razones que lo justifiquen y que se harán constar expresamente en la norma que los declare» podrá procederse previamente a la declaración de «Reserva». En este caso, el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la zona «deberá tramitarse en el plazo de un año, a partir de la declaración de Parque o Reserva...» Ese carácter de excepcionalidad es reconocido en el párrafo catorce del Preámbulo de la Ley 6/1992, de 27 de marzo, por la que se declara Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja. En el artículo 4 de esta Ley se recogen las líneas principales del régimen jurídico embrionario de la Reserva.

que el estatuto de protección otorgado es compatible con la construcción de esa carretera, con otros proyectos o medidas y con las obras realizadas. Otro, el de la Comisión —que es refrendado por el Tribunal— más estricto, incompatible con tales proyectos y con las obras realizadas.

A) *El trazado parcial de una carretera*

En este espacio, la Comunidad Autónoma de Cantabria había previsto el trazado de la carretera C-629 entre los municipios de Argoños y Santoña. Para la Comisión, este trazado

«supone no sólo una pérdida nada despreciable de la superficie de las Marismas de Santoña, sino también perturbaciones que afectan a la tranquilidad de la zona y, por consiguiente, a las aves silvestres protegidas por las disposiciones de la Directiva» (31).

Para el Gobierno español esta carretera es necesaria para mejorar el acceso por carretera a Santoña, poniendo de relieve que el nuevo trazado adoptado constituye «la mejor solución entre diferentes posibilidades, sobre todo debido a la proporción poco importante de la superficie total de las Marismas afectada» por esa carretera (32). El T.J.C.E. rechaza esa argumentación reiterando la jurisprudencia establecida en él, en el sentido de que los Estados miembros carecen de margen de apreciación para modificar o reducir la superficie de los territorios clasificados como zonas de protección especial. Ahora bien, a diferencia del asunto antes citado, en este, quien realiza la clasificación de las Marismas de Santoña no es el Gobierno español sino el propio Tribunal en su Sentencia de 2 de agosto de 1993 al declarar que España ha incumplido las obligaciones de la Directiva 79/409/CEE por no haber

(31) Párrafo 33 de la Sentencia de 2 de agosto de 1993. De acuerdo con el artículo 22.5 del Estatuto de Autonomía de Cantabria:

«La Diputación Regional de Cantabria tiene competencia exclusiva en las materias que a continuación se señalan, que serán ejercidas en los términos dispuestos en la Constitución...

Cinco. Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma....».

(32) *Ibid.*, párrafo 34.

clasificado las Marismas de Santoña como zona de protección especial (33). Por eso, manifiesta el Tribunal,

«36...., procede declarar que la construcción del nuevo trazado de la carretera C-629 entre Argoños y Santoña supone una reducción de la superficie de la zona de marismas, que resulta agravada además por la construcción de varios edificios cerca del nuevo trazado de la carretera. Estas operaciones han causado la desaparición de zonas de refugio, de reposo y de nidificación de las aves. Además de las perturbaciones causadas por las obras de la carretera, la intervención de que se trata altera los flujos de las mareas y, por tanto, provoca el aterramiento de dicha parte de la zona de marismas» (34).

B) *La construcción de polígonos industriales*

Los municipios de Laredo y Colindres habían proyectado sendos polígonos industriales. Se habían realizado rellenos en la zona de las Marismas afectada por el proyecto y se habían construido diques alrededor de los terrenos escogidos (todo ello después de la adhesión de España a la Comunidad). Para la Comisión, la creación de esos polígonos industriales conduce a la desaparición de una parte importante de la zona de las marismas además de afectar al flujo de mareas en la bahía. El Gobierno español expone que las autoridades competentes —ambos municipios— han renunciado a la ejecución de esos proyectos en su concepción inicial. Sin embargo, el hecho de que no se haya tomado ninguna medida de demolición de lo construido

(33) En efecto,

«35. No se pueden admitir estas explicaciones —las del Gobierno español—. Tal como el Tribunal de justicia ha declarado en su citada sentencia Comisión/Alemania, si bien es cierto que los Estados miembros disponen de cierto margen de apreciación al escoger los territorios más apropiados para clasificarlos como zonas de protección especial, por el contrario no pueden disponer del mismo margen de apreciación, en el ámbito del apartado 4 del artículo 4 de la Directiva, para modificar o reducir la superficie de dichas zonas».

(34) No pudiéndose «justificar tal intervención por la necesidad de mejorar las vías de acceso al municipio de Santoña...» (*ibid.*, párrafo 37).

es determinante para que el Tribunal declare el incumplimiento por parte de España (35).

C) *La creación de estructuras de acuicultura*

Por parte de la Comunidad Autónoma de Cantabria se había concedido a una asociación de pescadores la autorización para llevar a cabo diversos proyectos en materia de acuicultura (36), defendidos por el Gobierno español debido al interés económico de la actividad y a «su escasa incidencia sobre la situación ecológica de las marismas» (37). Sin embargo,

«44....., procede señalar que la instalación de estructuras de acuicultura, que no sólo provocan una disminución de la superficie de la zona de marismas y variaciones en los procesos naturales de sedimentación de las marismas, sino que también modifican la estructura del suelo existente, tienen por efecto el de destruir la vegetación específica de dichos lugares, la cual constituye una importante fuente de alimentación para las aves» (38).

(35) En efecto:

«41. Si bien es verdad que ya no se prevé la ejecución de estos proyectos, no obstante, después de la adhesión del Reino de España a las Comunidades, las autoridades locales todavía rellenaron los diques construidos anteriormente alrededor de los terrenos previstos para las instalaciones industriales. Consta asimismo que, hasta la fecha, no se ha tomado ninguna medida para demoler dichos diques, a pesar de que las mismas autoridades han reconocido su impacto nefasto en el medio ambiente acuático y se han comprometido a demolerlos. En estas circunstancias, procede declarar el incumplimiento sobre este extremo».

(36) La Comunidad Autónoma de Cantabria posee competencia exclusiva en materia de acuicultura, de acuerdo con el artículo 22.9 de su Estatuto de Autonomía.

(37) Párrafo 43. Este argumento le será devuelto en contra por el Tribunal:

«45. Como se ha señalado anteriormente, las consideraciones relativas a los problemas económicos, como consecuencia del declive de los sectores industrial y piscícola de la región que, por otra parte, han resultado contradichos por el abandono de otros proyectos debido a la falta de rentabilidad, no pueden justificar una excepción a las exigencias de protección establecidas por el apartado 4 del artículo 4 de la Directiva».

(38) La amplitud de la superficie de la zona afectada por el proyecto incide también negativamente en la posición del Gobierno español:

D) *El vertido de aguas residuales*

La Comisión argumenta que el vertido de aguas residuales sin depurar ha producido efectos perjudiciales en la calidad de las aguas de la Bahía de Santoña. En este punto, la debilidad de la réplica del Gobierno español es considerable. Antes de abordarlo, no está de más que recordemos que, en la actualidad, la práctica totalidad de los municipios españoles de la cornisa cantábrica vierten sus aguas sin ningún tipo de depuración (39). Constatado este hecho, muy poco tenía el Gobierno español a su favor para contrarrestar la posición defendida por la Comisión. El Gobierno, consciente de la debilidad de su posición reconoce, primero, la existencia de vertidos. Después, invocará la inexistencia en la Directiva de una obligación de depurar las aguas residuales vertidas a una zona de protección especial:

«51. El Gobierno español no niega que en las Marismas de Santoña se hayan vertido aguas residuales sin depurar procedentes de los municipios de la bahía de Santoña. Sin embargo, en su opinión no existe ninguna disposición de la Directiva que obligue a los Estados miembros a instalar sistemas de depuración para preservar la calidad de las aguas en una zona de protección especial» (40).

«46. Dado que la superficie afectada por la actividad de que se trata no es en absoluto desdeñable y que dicha actividad ha provocado un deterioro significativo del hábitat y de la calidad de las condiciones de vida de las aves en el centro de las Marismas de Santoña, el motivo debe ser declarado fundado».

(39) De ahí la relevancia, respecto de España, de la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, que tiene por objeto «la recogida, el tratamiento y el vertido de las aguas residuales urbanas y el tratamiento y vertido de las aguas residuales procedentes de determinados sectores industriales», y que establece en sus anexos requisitos para los vertidos y fija plazos —en función de las aglomeraciones de habitantes— a partir de los cuales tales requisitos son exigibles. Vid. el texto en *D.O.C.E.*, núm. L 135, de 30 de mayo de 1991, págs. 40-52.

(40) Sí existen obligaciones aplicables a las aguas de la Bahía a través de otras Directivas como, por ejemplo, la 76/464 del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad (*D.O.C.E.*, núm. L 129, de 18 de mayo de 1976, págs. 7-12), así como la 78/659/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1978, relativa a la calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces (*D.O.C.E.*, núm. L 222, de 14 de agosto de 1978, pág. 110). Vid. nuestro trabajo *La*

La respuesta del Tribunal es tajante:

«52. Debe rechazarse esta argumentación. Los vertidos de aguas residuales que contengan sustancias tóxicas y peligrosas dañan considerablemente las condiciones ecológicas de las Marismas de Santoña y producen una alteración significativa de la calidad de las aguas de dicha zona.

53. Debido a la importancia fundamental que la calidad de dichas aguas tiene para las zonas de marisma, el Reino de España está obligado, en su caso, a establecer sistemas de depuración para evitar la contaminación de dichos hábitats. Por consiguiente, queda probado el incumplimiento respecto de este motivo del recurso».

Por todo ello, el T.J.C.E. decide:

«1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE, al no haber clasificado las Marismas de Santoña como zona de protección especial y al no haber adoptado las medidas adecuadas para evitar la contaminación o el deterioro de los hábitats de dicha zona, en contra de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.

2) Condenar al Reino de España en costas».

III. CONCLUSION

La Sentencia del T.J.C.E. que hemos comentado, pone de relieve la importancia de la adhesión de España a la Comunidad Europea desde la perspectiva medioambiental, ya que conlleva un nivel más elevado y también más estricto de protección, así como el retraso de nuestro país

protección del medio ambiente en.... op. cit., págs. 347-350. Por otra parte, la protección otorgada por España a las Marismas de Santoña al calificarlas como «Reserva Natural» no casa con la contaminación de ese mismo espacio por vertidos de aguas residuales sin depurar de los municipios ribereños. No existían argumentos para justificar la situación de hecho en la Bahía en lo que a los vertidos se refiere. De ahí, la poca consistencia de la argumentación del Gobierno español.

en esta materia. Es, también, el primer fallo sobre medio ambiente que afecta directamente a nuestro país.

La Sentencia declara el incumplimiento por España de la Directiva 79/409 como consecuencia de comportamientos activos o pasivos de la Administración Central, de la Comunidad Autónoma de Cantabria y de los municipios ribereños de las Marismas de Santoña. De la misma, destacan las consideraciones siguientes: en *primer lugar*, el carácter de las obligaciones contenidas en los artículos 3 y 4 de la Directiva. Son obligaciones que poseen una triple dimensión: son *inmediatas*, porque conllevan la adopción de medidas precisas de conservación de los hábitats; son *generales* (las del artículo 3), porque obligan a garantizar una diversidad y una superficie de hábitats para todas las especies de aves contempladas por la Directiva; y son *específicas* (las del artículo 4), respecto de las aves del Anexo I y de las especies migratorias, todo ello a partir de su concepción como recurso o patrimonio transfronterizo.

En *segundo término*, esta Sentencia confirma la jurisprudencia anterior al otorgar la primacía a las exigencias ecológicas sobre las de índole social y económica. La excepción, concretada en la existencia de un interés general superior, corresponde apreciarla al T.J.C.E., no a los Estados, algo que resulta coherente con el objetivo que se persigue y que no es otro que el de no debilitar la obligación general de protección.

Finalmente, es el Tribunal el que concluye el incumplimiento de la Directiva por la no clasificación de las Marismas de Santoña como zona de protección especial, reduciendo así el grado de discreción que la Directiva parecía otorgar en este aspecto a los Estados. El T.J.C.E. considera insuficiente tanto el régimen jurídico de protección otorgado por la Comunidad Autónoma de Cantabria («refugio») y por la Administración Central («Reserva Natural»), como el ámbito territorial al que se aplica el régimen jurídico derivado de esa calificación (que en opinión del Tribunal deja fuera gran parte de la marisma).

No resulta extraño que el T.J.C.E. considere incompatibles con la Directiva las actuaciones realizadas en la marisma por las distintas Administraciones españolas. Lo sorprendente es que esas Administraciones consideraran que tales actuaciones eran compatibles con el régimen de protección que requieren las Marismas de Santoña. Este hecho confirma nuestra afirmación sobre los beneficios de la adhesión de

España a la Comunidad en este campo, concretados aquí en el rechazo por el T.J.C.E. de actuaciones que las diferentes Administraciones españolas consideraban compatibles con el grado de protección otorgado por ellas a las Marismas de Santoña.