

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN ANDALUCÍA

LORENZO MELLADO RUIZ

Profesor titular de Derecho Administrativo

Universidad de Almería

Sumario: 1. Nulidad de resoluciones sancionadoras derivada de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto de Autonomía para Andalucía. 2. Inscripción de aguas privadas y modificación de las condiciones de aprovechamiento. 3. Prescripción de infracciones ambientales y extinción de la obligatoriedad de las medidas accesorias de reparación o restitución. 4. Interpretación del concepto de “ocupación” de bienes demaniales. 5. Aplicación de la DA 3.^a de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (deslinde de paseos marítimos). 6. Control de la discrecionalidad del planeamiento natural sobre la base de los “presupuestos de hecho”. 7. Audiencia obligatoria de las entidades locales afectadas por una nueva ordenación de los espacios naturales protegidos. 8. Mantenimiento de caudales ecológicos y afectación a titulares privados de aguas. 9. Zonificación de espacios naturales y clasificación de suelos: de nuevo..., el caso del Algarrobico.

Por necesidades de ajuste temporal, sincronización y continuidad con la anterior crónica y accesibilidad a la propia jurisprudencia*, la presente crónica abarca el período comprendido entre septiembre de 2013 y febrero de 2014.

1. Nulidad de resoluciones sancionadoras derivada de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto de Autonomía para Andalucía

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Sevilla) de 20 de noviembre de 2013, rec. 274/2012, siguiendo la línea de la jurisprudencia anterior, y continuada en numerosas sentencias posteriormente (por ejemplo, STSJA de 12 de diciembre de 2013, rec. 617/2012; STSJA de 12 de diciembre de 2013, rec. 333/2012; STSJA de 30 de enero de 2014, rec. 172/2012; STSJA de 30 de enero de 2014, rec. 621/2012; STSJA de 6 de febrero de 2014, rec. 620/2012; STSJA de 20 de febrero de 2014, rec. 619/2012; etc.), sigue pronunciándose sobre las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de la asunción estatutaria de las competencias sobre las aguas internas de la cuenca del Guadalquivir por parte de la Comunidad andaluza.

Como en casi todas, la cuestión de fondo es la impugnación de resoluciones sancionadoras incoadas por la Agencia Andaluza del Agua, ente administrativo que — se alega— carecía de la preceptiva competencia para la incoación e instrucción del correspondiente expediente sancionador como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad por parte de la STC de 16 de marzo de 2011 del artículo 51 del Estatuto de Andalucía para Andalucía, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 2/2007. Como se recuerda también, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad y nulidad, por contravención del artículo 149.1.22° CE,

* Fuente: CENDOJ

de dicho artículo, ya que al “atribuir a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir, por más que la atribución competencial pretenda limitarse a aquellas aguas que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma y se realice con ciertas salvedades, impide que las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1.22º CE y ejercidas por éste a través de la legislación estatal en materia de aguas desplieguen la función integradora y de reducción a la unidad que les es propia”.

Aunque el abogado del Estado entiende que a la fecha de incoación del procedimiento la Agencia Andaluza del Agua sí era competente y aplicaba la misma normativa estatal que hubiera aplicado la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir —si hubiera sido el Estado el actuante, se entiende—, aparte de la invocación de otros principios generales más ambiguos, el TSJA vuelve a confirmar la nulidad de este tipo de sanciones en materia de aguas continentales sobre la base de los siguientes argumentos (que esquematizo por su reiteración en numerosos pronunciamientos tanto anteriores como posteriores).

— En primer lugar, este supuesto no entra dentro del radio de aplicación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que viene a establecer que las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contenciosos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. En estos casos no nos encontramos ante “procesos fenecidos”, por lo que no estaríamos dentro del supuesto de revisión regulado en dicho artículo, sino más bien dentro del artículo 39 LOTC, que viene a vincular directamente la nulidad a la simple declaración de inconstitucionalidad.

— Una vez desechadas las objeciones procesales y de intertemporalidad, en segundo lugar se afronta la posible aplicación del artículo 62.1.b LRJAP, entendiéndose por los recurrentes que en el concepto de “actos dictados por órgano manifiestamente incompetente” no pueden incluirse los dictados por órganos sí competentes inicialmente pero despojados de tal competencia ulteriormente por la declaración de inconstitucionalidad del precepto estatutario de cobertura, puesto que no habría aquí

“vicio manifiesto ni originario”, sino más bien sobrevenido. Pero recuerda de nuevo el TSJA la doctrina sentada por la STS de 5 de octubre de 2012 contraria a tal interpretación sobre la base de los siguientes argumentos (y específicamente sobre el mismo asunto, también la STS de 13 de junio de 2011): 1) el propio tenor literal de la STC 30/2011 declaró tanto la inconstitucionalidad como la nulidad del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, haciendo de ambas categorías una aplicación equivalente; 2) la inconstitucionalidad declarada comporta además, con carácter general, la nulidad plena de los preceptos afectados en virtud del artículo 39.1 LOTC, con efectos, pues, *ex tunc*; 3) pudiendo haber realizado la STC 30/2011 alguna matización, modulación o prevención a esta vinculación absoluta entre inconstitucionalidad y nulidad (en lo que se ha denominado *sentencias prospectivas*), no lo hizo, por lo que hay que entender que la declaración de nulidad derivada de la inconstitucionalidad comporta la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma, con la consecuencia inmediata de la imposibilidad de toda aplicación tras la publicación de la sentencia constitucional; 4) se excluye, pues, toda ultraactividad de la norma inconstitucional, pero las situaciones anteriores solo quedarían afectadas cuando aún fuesen susceptibles de decisión pública, administrativa o jurisdiccional (es decir, cuando no se trate de procesos fenecidos), y en este caso aún se encontraba pendiente el recurso contencioso-administrativo correspondiente.

Por lo tanto, al no matizarse el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, hay que entender que esta no tiene meros efectos prospectivos, sino que el precepto impugnado no era compatible, desde su misma aprobación, con el texto constitucional, por lo que sería nulo ab initio.

Es evidente que las argumentaciones del TS y del TSJA en estos asuntos son sólidas y razonables. Sin embargo, tampoco parece enteramente satisfactoria una solución procesal estimatoria de recursos contra sanciones derivadas de infracciones contra el dominio público hidráulico apoyada no en la demostración de la falta de ilicitud de estas, sino en una dinámica político-institucional incoherente y de nuevo preocupada más por las “competencias” que por la protección cooperativa del medio ambiente.

2. Inscripción de aguas privadas y modificación de las condiciones de aprovechamiento

La STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Sevilla), de 21 de noviembre de 2013, rec. 950/2011, se pronuncia sobre el procedimiento de inscripción de aprovechamientos de aguas en el Catálogo de Aguas Privadas, en este caso de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir. Se recurre, concretamente, la denegación de la inscripción por estimarse la existencia de modificaciones sustanciales de las condiciones, lo que comportaría la pérdida del derecho a la catalogación —y protección— de las aguas como privadas. Aunque el TSJA da la razón al recurrente, entendiendo que no se desprende, de la documentación aportada, la existencia de tales modificaciones esenciales de las características del aprovechamiento, es interesante recordar la interpretación jurisprudencial de estos supuestos.

La DT 3.^a de la Ley de Aguas de 1985, aplicable al caso, dispone que, en caso de incremento de los caudales totales utilizados o de modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, no existirá derecho a la inscripción, sino necesidad de obtener la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación hidráulica (en este sentido, por ejemplo, STS de 8 de junio de 2012, rec. 4279/2010). La cuestión estribaría, pues, en determinar si la modificación operada en el pozo en cuestión entraría dentro de lo que se podría considerar como “laborales ordinarias de limpieza” o se trataría de una alteración sustancial de las características del aprovechamiento que demandaría, entonces, una nueva y oportuna concesión. A tal fin, se recuerda que pueden utilizarse como guía interpretativa —al no tener carácter normativo— las Normas de actuación a seguir en las operaciones de limpieza, profundización y sustitución de pozos privados del Ministerio de Medio Ambiente de 30 de octubre de 1997. Y, efectivamente, se entiende —por cuestiones de prueba que no desarrollamos— que, a pesar del carácter no vinculante o coactivo de tales disposiciones, no se produce en el supuesto planteado una modificación sustancial ni de las características ni del régimen de aprovechamiento de las explotaciones discutidas.

3. Prescripción de infracciones ambientales y extinción de la obligatoriedad de las medidas accesorias de reparación o restitución

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Sevilla) de 19 de diciembre de 2013, rec. 443/2012, vuelve a pronunciarse sobre la compleja cuestión de la diferenciación entre la prescripción y la caducidad de las acciones y los procedimientos sancionadores, si bien en su relación específica con la subsistencia o no de la necesidad de ejecutar las medidas accesorias recaídas en el procedimiento sancionador (vinculadas a la reposición de la zona de servidumbre de dominio público hidráulico afectada por la plantación de árboles a su estado anterior).

Recuerda el TSJA, muy esquemáticamente, que, apreciada la prescripción de una infracción, ello no conlleva automáticamente la extinción de las obligaciones de reparar los daños causados al dominio público y de reponer las cosas a su estado original, puesto que se trata de acciones y responsabilidades de distinta naturaleza —la segunda, lógicamente no sancionadora— para cuyo ejercicio el artículo 327 RDPH establece un plazo de prescripción específico de 15 años. Una cosa es, pues, la prescripción de la infracción y otra la prescripción de las medidas accesorias, mucho más amplia, a pesar, lógicamente, de la vinculación funcional entre ambas resoluciones.

Ahora bien, lo que sí es coincidente es el plazo de caducidad de los procedimientos sancionadores. Según la DA 6.^a TRLA, y en relación con la exigencia genérica del artículo 42.2 LRJAP, el plazo para resolver y notificar la resolución en los procedimientos regulados en dicha Ley será, para los procedimientos sancionadores y otras actuaciones relativos al dominio público hidráulico, de un año.

Por lo tanto, *una resolución sancionadora dictada fuera de dicho plazo de un año ha de entenderse inválida, con independencia de que junto con la sanción pecuniaria se hubiera pronunciado sobre la restauración del medio físico a su estado originario. La caducidad del procedimiento sancionador afecta, pues, no solo a la sanción, sino también a cualquier otra actuación referida al dominio público hidráulico, como las relativas a la reposición de las cosas a su estado originario (aunque el plazo de prescripción de la acción para su persecución sea más amplio que el de la infracción principal), al haberse seguido en un único expediente las facultades sancionadoras y de restauración de la legalidad, unidad de acción que conlleva, igualmente, unidad de caducidad a efectos del archivo de las actuaciones.*

4. Interpretación del concepto de “ocupación” de bienes demaniales

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Sevilla) de 13 de febrero de 2014, rec. 471/2013, viene a resolver un supuesto sencillo, en relación con la impugnación de una sanción por daños al dominio público pecuario, pero que puede ayudar a interpretar casos semejantes al centrarse fundamentalmente en la consideración jurídica del propio concepto, nuclear en la tipificación del ilícito, de “ocupación ilegal”.

Los hechos imputados consistían, así, en la “ocupación de terrenos de dominio público pertenecientes a la vía pecuaria denominada Cañada Real de la Sierra” mediante el vertido de escombros procedentes de la restauración de la edificación aledaña. El artículo 21.2.d) de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, considera infracción muy grave la “ocupación” de estas sin el debido título administrativo. Pues bien, según el TSJA, ocupar significa, al menos en la acepción que corresponde al caso —se precisa—, “tomar posesión o apoderarse” de un terreno o de un lugar, resultando que la edificación o casa cuya restauración ha producido los escombros vertidos ya estaba “ubicada sobre la citada vía pecuaria”, de modo que no cabe hablar propiamente de ocupación.

Se trata, a mi juicio, de una interpretación demasiado restrictiva —y, por lo tanto, laxa— desde la perspectiva de la protección de los bienes demaniales afectados. Porque una cosa es que las instalaciones o edificaciones preexistan y otra que los vertidos o escombros establecidos en terreno demanial no se entiendan como “ocupación”, al menos temporal, de este. Tal interpretación puede dejar sin sentido, pues, la sanción reseñada. Es muy dudoso que toda ocupación signifique “apropiación”, como parece considerar el TSJA en esta sentencia, lo que dejaría muchos actos esporádicos, temporalmente breves o simplemente de vertido de sustancias o materiales sin “toma de posesión” de los terrenos, sin la consiguiente sanción, al menos en virtud del tipo señalado anteriormente. A mi juicio, se impone en estos casos más bien, sobre todo desde la perspectiva de la incolumidad de los bienes afectados y de la posibilitación del cumplimiento de su función —ambiental, económica o social—, un análisis más específico y casuístico en atención a la auténtica naturaleza de los hechos de “ocupación” o “afección”.

Bien es verdad, no obstante, que el TSJA reconduce a continuación los hechos hacia otra infracción, pero más leve. Según el artículo 21.2.d), también es infracción muy grave la comisión de “acciones u omisiones que causen daño o menoscabo en las vías pecuarias o impidan su uso”, pero al no estar acreditado que los hechos producidos hayan impedido realmente el uso de la vía pecuaria, el TSJA entiende que lo procedente es la imposición, en su cuantía mínima, de la sanción correspondiente por la comisión de la infracción leve consistente en “las acciones u omisiones que causen daño o menoscabo en las vías pecuarias, sin que impidan el tránsito de ganado o demás usos compatibles o complementarios”.

5. Aplicación de la DA 3.^a de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (deslinde de paseos marítimos)

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Málaga) de 10 de septiembre de 2013, rec. 457/2010, viene a aplicar, en uno de los primeros pronunciamientos judiciales al respecto, la DA 3.^a de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de modificación de la Ley de Costas. El asunto no tiene mayor trascendencia y se basa fundamentalmente en una cuestión de prueba, pero es interesante observar como la realización de unas obras sin autorización mediante el aumento de superficie en una obra de reconstrucción de una vivienda, con aparente invasión en parte de la zona de dominio público marítimo-terrestre, queda, sin embargo, sin sanción tras la modificación legal de la línea de deslinde de los paseos marítimos operada por la citada Ley.

Según la DA 3.^a de esta ley, la línea exterior de los paseos marítimos construidos por la Administración general del Estado o por otras administraciones públicas con autorización de aquella se entenderá a todos los efectos, durante el período comprendido entre la entrada en vigor de la Ley de Costas y la entrada en vigor de la Ley 2/2013, como línea inferior de la ribera del mar. Se hace coincidir así, para estos casos, el límite exterior de los paseos con el límite interior de la ribera del mar, con la posibilidad, además, de que la Administración pueda desafectar, previa declaración de innecesariedad, los terrenos situados al interior de los paseos, conforme a lo establecido en el artículo 18 de la propia Ley de Costas. Esto puede suponer una solución, en los

tramos urbanos de playas y con intensa edificación en primera línea de mar, para los titulares afectados por los deslindes derivados de la entrada en vigor de la Ley de 1988, pero también, consecuentemente, una posible afectación, por regresión ambiental, a los elementos ambientales —aun artificiales— presentes en dichas zonas. De hecho, es posible que existan —y así lo demuestra la realidad— paseos marítimos —cuya definición no contenía la Ley de Costas ni ahora subsana su reforma— en zonas no urbanas: ¿pueden entonces ser desafectados del dominio público estos terrenos en suelos sin carácter urbanizable y con características naturales?

6. Control de la discrecionalidad del planeamiento natural sobre la base de los “presupuestos de hecho”

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, Sede de Granada) de 18 de noviembre de 2013, rec. 1316/2008, viene a aplicar, una vez más, la conocida doctrina de la susceptibilidad del control judicial de las facultades discrecionales de la Administración, en el caso incluso de la edición de normas reglamentarias, con proyección en este caso en la elaboración de los planes de ordenación de los recursos naturales de un espacio protegido.

Alegan los recurrentes, en su impugnación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, que no existe justificación suficiente de la nueva zonificación al afectar a parcelas cultivadas desde hace muchos años que forman parte de una unidad productiva agraria con otras parcelas colindantes que han sido clasificadas de forma diferente por el Plan.

Y recuerda a continuación el TSJA: aunque un PORN sea una norma reglamentaria, muchas de sus determinaciones normativas, sobre todo cuando se procede a la clasificación o pormenorización de terrenos o a la calificación mediante la atribución de usos, no son, en puridad, “libre mandatos reglamentarios”, puesto que, más allá del carácter esencialmente innovativo de estas normas —aunque derivado y conectado con la legislación correspondiente de desarrollo—, el acierto —o no— de la decisión adoptada ha de venir en gran medida condicionado por las “peculiares características de la zona”, y, en estos casos, especialmente “por el nivel de protección que la misma exige” y, en consecuencia, y de forma derivada, por los usos que permite. Por lo tanto, el ejercicio de la potestad de planeamiento —aunque formalmente reglamentario— debe

situarse en un contexto fáctico y jurídico que en gran medida lo condiciona. El componente “reglado” derivado de la propia realidad física a ordenar —y, en su caso, a proteger— limita, pues, el margen de discrecionalidad del planificador.

La revisión jurisdiccional de la actuación administrativa ha de extenderse, pues, y en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos, valorando si la decisión discrecional guarda “coherencia lógica” con aquellos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, o una desviación injustificada de los criterios generales sentados por la Administración, tal decisión resultará viciada por infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Pues bien, concluye el TSJA, tras la prueba de los hechos, que la totalidad de las fincas cuestionadas, sin distinción entre parcelas catastrales, responde a una clara “realidad agrícola”, no apreciándose justificación alguna para la diferente clasificación zonal entre unas y otras llevada a cabo por el PORN.

7. Audiencia obligatoria de las entidades locales afectadas por una nueva ordenación de los espacios naturales protegidos

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Sevilla) de 2 de septiembre de 2013, rec. 351/2011, confirma, a pesar de la falta de desarrollo legal explícito en tal sentido, la necesidad de audiencia y participación de las entidades locales afectadas por un cambio de normativa en materia de espacios protegidos con afectación a su ámbito territorial.

Se recurre, en concreto, el Decreto 15/2011, de 1 de febrero, por el que se establece el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales y se aprueban medidas de agilización de procedimientos administrativos.

Junto con otros motivos impugnatorios, que se desestiman, se alega la naturaleza formal de “revisión” de la planificación de los parques naturales de Andalucía, soslayando — indirectamente, entonces— el sistema específico para esta previsto en la normativa autonómica, en concreto la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, su Reglamento de desarrollo y las propias normas de planificación de los parques naturales.

Es verdad que no existe un procedimiento concreto de elaboración y aprobación de los planes, pero sí que está claro que tanto el artículo 21 de la actual Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, como el artículo 6 de la Ley 4/1989 establecen en todo caso la necesaria observancia de los trámites procedimentales de audiencia de los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados. Y ha de entenderse, dice el TSJA, que las corporaciones locales afectadas, y obviamente también las directamente interesadas, han de intervenir necesariamente en los procedimientos de elaboración y revisión de los PORN, entendiendo por tales las que estén incluidas total o parcialmente en el ámbito territorial de los distintos PORN de los parques naturales de Andalucía. Y dado que el Decreto impugnado no ha llevado a efecto tal audiencia preceptiva (entendiendo que a través de este se ha producido una revisión indirecta de los instrumentos de planeamiento natural afectados por su regulación), se estima el recurso y se anula directamente.

8. Mantenimiento de caudales ecológicos y afectación a titulares privados de aguas

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, Sede de Granada) de 27 de enero de 2014, rec. 1710/2008, resuelve el recurso contra un acuerdo de la Comisión de Desembalse de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de prohibición de riegos por parte del recurrente, así como de solicitud de responsabilidad patrimonial derivada.

Recuerda el TSJA que, con carácter general, las medidas de carácter temporal adoptadas por el Gobierno en casos de sequías extraordinarias no tienen carácter expropiatorio ni limitativo de derechos adquiridos, sino de mera limitación de uso, definiendo el contenido “normal o propio” de la propiedad privada de las aguas (es decir, su “estatuto jurídico legal”). La generalidad de la medida excluye, pues, el surgimiento del derecho a indemnización.

En el caso enjuiciado, se prohibió tomar caudales de los cauces públicos de la cuenca por las circunstancias meteorológicas existentes, al incidir negativamente tales detracciones sobre los caudales ecológicos circulantes. La base jurídica para tal prohibición es el artículo 55 TRLA, pero la resolución incurría, sin embargo, en un vicio de incompetencia, pues la adopción de tales medidas de restricción de usos corresponde a la Junta de Gobierno de la Confederación y no a la Comisión de

Desembalse (art. 28 a) y f) TRLA). Además, dice el TSJA, “la decisión extiende sus efectos a recursos hídricos no regulados ni pertenecientes al sistema general, afectando a un aprovechamiento privativo de las aguas, sin la presencia de los afectados por tal decisión, persiguiendo pues una finalidad ajena a la que es propia de la Comisión, esto es la adopción de propuestas sobre el desembalse e incluso sobre el destino de agua embalsada artificialmente —mantenimiento del caudal ecológico— extendiéndose y afectando a aguas naturales y provenientes de manantial”.

Lo que no se estima es, sin embargo, la reclamación de responsabilidad patrimonial aparejada por cuanto, se dice, la simple anulación de un acto no determina una responsabilidad “objetiva” automática —requiriéndose el cumplimiento del resto de requisitos para dar lugar al surgimiento de la acción por responsabilidad extracontractual de la Administración—. En concreto, si prácticamente la totalidad del agua que proporciona el manantial se destina al abastecimiento de poblaciones, uso prioritario, no puede pretenderse establecer el nexo causal entre la orden de prohibición de riego y los daños que se reclaman.

9. Zonificación de espacios naturales y clasificación de suelos: de nuevo..., el caso del Algarrobico

La Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Granada) de 21 de marzo de 2014, rec. 1295/2008, se pronuncia sobre uno de los diferentes procedimientos judiciales abiertos en torno al conocido y polémico hotel de la playa del Algarrobico, en Carboneras (Almería). Y se pronuncia, curiosamente, y a pesar de las sentencias contrarias anteriores, a favor de los recurrentes, es decir, confirmando la legalidad de la construcción. Poco antes, por ejemplo, había recaído la previa STSJA de 10 de diciembre de 2013 (rec. 2016/2006), que desestimaba todos los motivos de impugnación alegados frente al ejercicio del derecho de retracto sobre los terrenos por parte de la Junta de Andalucía: vulneración por parte del Decreto 418/1994, de 25 de octubre, por el que se aprueba el PORN y el PRUG del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, de la normativa superior de cobertura (en concreto, en lo relativo a los requisitos exigidos para la ampliación de los límites territoriales de las reservas y los parajes naturales, pero no en relación con los parques naturales, cuya ampliación puede realizarse con ocasión de la propia aprobación del correspondiente Plan de Ordenación

de los Recursos Naturales); pretensión de que los parques naturales solo estén integrados por terrenos calificados como no urbanizables o equivalentes; prescripción del ejercicio de la acción de retracto (que solo puede comenzar a computar desde que el transmitente notifica la transmisión de forma fehaciente a la Administración actuante o, subsidiariamente, desde que este tiene conocimiento exacto de la venta, lo que no sucede en el caso en ningún momento); imposibilidad material de consumir el retracto por tratarse de actos de contenido imposible al no existir las fincas registrales afectadas (lo que también se desvirtúa desde el momento en que el retracto se proyecta sobre transmisiones de terrenos y no de parcelas registrales, subsistiendo los terrenos como tales); desviación de poder al no justificarse suficientemente la concurrencia, en las fincas objeto del retracto, del valor natural o medioambiental demandante de su especial protección (frente a lo que el TSJA señala expresamente, aparte de la falta de acreditación de tales extremos por la entidad recurrente, que “el interés medioambiental de las fincas objeto del retracto resulta obvio”); y enriquecimiento ilícito de la Administración a raíz del retracto, puesto que sobre los terrenos se halla ya construido un hotel ejecutado en un 94,5%, con una alta inversión económica además (pretensión desestimada puesto que la finalidad de la acción de enriquecimiento sin causa no es tanto resarcir al constructor del desembolso realizado como evitar el enriquecimiento injusto de quien accede a la propiedad de lo edificado, por lo que resulta imprescindible para el surgimiento del derecho a indemnización que la edificación adquirida haya supuesto para el propietario que adquiere la posesión un beneficio o ventaja patrimonial, lo que no ocurre claramente en el caso).

Pues bien, la Sentencia que comento invierte claramente estos razonamientos. La pretensión basilar es, fundamentalmente, conocida y recurrente: la incorrecta clasificación de los terrenos por parte del PORN correspondiente. Se entiende por el recurrente que la condición urbanística de suelo urbanizable demanda una clasificación diferente de la asignada a efectos de ordenación ambiental (no cabe olvidar que los terrenos cuentan con el planeamiento, general y de desarrollo, necesario, y el hotel, con licencia de obras, calificación ambiental favorable, licencia para actividades hoteleras y calificación sanitaria favorable) por falta de motivación, discriminación no justificada en relación con otros suelos urbanos y urbanizables y desviación de poder, determinada por la intención de la Administración autonómica de proceder, mediante la revisión de la clasificación ambiental, al derribo del hotel existente.

Por su parte, la Administración andaluza, en la contestación a la demanda, alegaba fundamentalmente el *ius variandi* como potestad pública susceptible de justificar la reclasificación del suelo por el planeamiento (ambiental) a fin de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, aparte de entender que la clasificación urbanística (como suelo urbanizable) no vincularía al PORN, sino que habría de ser la realidad física y sus valores ambientales los que determinen el régimen de usos a aplicar.

Recuerda el TSJA, en primer lugar, el carácter obligatorio y ejecutivo de los PORN en las materias reguladas por la ley correspondiente, constituyendo sus disposiciones un límite infranqueable para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, cuyas determinaciones no podrán alterar o modificar dichas disposiciones. Es evidente, pues, la prevalencia de los PORN sobre los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. La cuestión radicaría, entonces, en valorar la suficiencia de la justificación del PORN para el cambio de clasificación de los terrenos en cuestión. Y entiende el TSJA que no existe una motivación suficiente para tal variación, a lo que hay que unir, además, la incidencia de la situación sobre el derecho de propiedad y la protección de su contenido mínimo (se citan, en este sentido, no solo sentencias favorables al reconocimiento de la efectividad de los derechos urbanísticos adquiridos con anterioridad a la aprobación del PORN, sino, incluso, la conocida Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre la protección del derecho de propiedad).

A la vista de estos antecedentes, el TSJA acaba afirmando que, partiendo de que la zonificación de los terrenos era, en el PORN de 1994, la D2 —referida a suelos urbanizables cuyo desarrollo no resultase contrario a priori a los valores del parque natural—, la zonificación —ulterior— como C3 de tales terrenos y las limitaciones de uso que ello implica, sin justificación suficiente, “supone una restricción de los derechos de los propietarios”. Y es que el ejercicio del *ius variandi* en la actividad de planificación no es absoluto, sino que se encuentra sometido a límites. El primero y principal se refiere a la propia condición intrínseca de la norma que articula la variación de la situación preexistente, pues esta debe obedecer a una motivación específica que ponga de manifiesto las razones del cambio, y, en particular, que este obedece a las exigencias del interés público, excluyendo cualquier asomo de arbitrariedad y garantizando así las posibilidades de control sobre tal potestad discrecional. El segundo

límite, ya contingente, se refiere, en un segundo plano, a la indemnización de los derechos legítimamente adquiridos de conformidad con la ordenación territorial anterior y que la nueva ordenación puede excluir o perjudicar. En este caso, confirma el TSJA, no se ofrece la más mínima justificación del cambio de zonificación ambiental, lo que conlleva la estimación del recurso y la declaración de nulidad de pleno derecho del Decreto impugnado en lo referente a la zonificación de los terrenos señalados.

Pero es que además el TSJA confirma la zonificación que sí deberían tener los terrenos, ante el requerimiento del recurrente de plena jurisdicción o de reconocimiento de derechos, declarando que el nivel de protección medioambiental del referido sector debe ser el correspondiente a las demás áreas declaradas como zona D en el PORN aprobado por Decreto 37/2008.

La Sentencia es obviamente discutible (sin ir más lejos, la previa STSJA 1951/2012, de 11 de junio de 2013, de impugnación del mismo Decreto que esta, llegó a soluciones diversas en orden a la clasificación de los terrenos cuestionados), sobre todo porque se trata de un pronunciamiento colateral a otros también abiertos sobre los mismos terrenos que parte, además, de una sola perspectiva, la zonificación ambiental de los terrenos, pero obvia el resto de condicionantes, también relevantes (afectación al dominio público marítimo-terrestre, incidencia de la clasificación urbanística sobre la normativa de protección ambiental correspondiente, litigación sobre la viabilidad de la licencia urbanística concedida, etc.), todo lo cual no parece “legitimar” plenamente soluciones como la sustentada en este pronunciamiento.