



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 272/2016, de de 10 de febrero de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5.ª)

Rec. n.º 1947/2014

SUMARIO:

Urbanismo. Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Cabo de Gata. Sector «El Algarrobico». Indefensión. Normas de reparto de asuntos entre tribunales. Cosa juzgada. Seguridad jurídica. Fueron, en definitiva, las características naturales de los terrenos (no negadas por la mercantil recurrente en la instancia al no solicitar prueba pericial o de otro tipo, para desvirtuar el valor natural de los terrenos apreciado por la Administración), las que determinaron su legítima inclusión en el PORN y, con ella, el régimen de protección en éste previsto. Desde esta perspectiva, se relativiza y pierde vigor la aparente incoherencia que existe entre el contenido material del PORN delimitado en su texto y la frase de la «memoria» sobre la limitación del Plan al suelo no urbanizable y la exclusión del urbanizable. En todo caso, esa contradicción o incoherencia interna sólo podía resolverse y clarificarse mediante el examen del problema sustantivo, es decir, de la concurrencia o no de características naturales en los terrenos dignas de protección para su inclusión en el PORN, con independencia de las resoluciones judiciales sobre la clasificación urbanística de los terrenos, pues esa clasificación debía ceder ante el PORN, y no al contrario, como parece no asumir la sentencia en la medida en que declara la reserva de la competencia municipal para, en ejercicio del *ius variandi*, y para el caso que estime concurrentes en la parcela objeto del procedimiento especiales valores merecedores de especial protección, proceda a alterar la clasificación de la finca, con olvido de que el PORN prevalece sobre el planeamiento urbanístico y no al revés. En consecuencia, mediante una interpretación equivocada de una frase de la Memoria (que obvia la existencia de valores medio ambientales en la finca), la Sala de instancia ha dado prevalencia a la mera clasificación formal urbanística de la finca sobre sus valores sustantivos, infringiendo lo dispuesto en la Ley. Atendiendo, por tanto, a la existencia de tales valores naturales, no rebatida ni desvirtuada en la instancia, resulta ociosa la hipótesis que indica la sentencia sobre la causa del error en la que, a juicio de la Sala, incurre la documentación gráfica del PORN (hipótesis que descansa en el argumento de que la inclusión de la finca en la documentación gráfica del PORN se debió a su clasificación formal en las Normas Subsidiarias como suelo no urbanizable, cuando debió ser urbanizable, como confirmaron posteriormente las resoluciones judiciales, de forma tal que si su clasificación formal hubiera sido la de urbanizable no se hubieran incluido en el PORN), pues tal hipótesis resulta contradicha por la existencia de valores de especial protección en los terrenos y por el hecho de que la Administración los incluyó en el ámbito del PORN de forma plenamente consciente. **[Véase la sentencia casada: NCJ058370 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede en Granada) 803/2014, de 21 de marzo de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª), rec. n.º 1295/2008]**

PRECEPTOS:

Directiva 92/43/CEE (conservación de hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres), arts. 4 a 6.



www.civil-mercantil.com

Constitución Española, arts. 9.3, 14, 24, 33, 117.3 y 118.
Ley 42/2007 (Patrimonio Natural y Biodiversidad), arts. 16 y 18.
Decreto Andalucía 418/1994 (PORN y PRUG del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar),
art. 238.
Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 152.2 y 198.
Ley 29/1998 (LJCA), art. 17.

PONENTE:

Don César Tolosa Tribiño.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: QUINTA

S E N T E N C I A

Sentencia Nº: 272/2016

Fecha de Sentencia: 10/02/2016

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 1947 / 2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 02/02/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.3

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Escrito por: Nota:

Plan de Ordenación de los Recursos Naturales. Parque Natural Cabo de Gata-Níjar.
Zonificación. Sentencia firme anterior. Principio de seguridad jurídica. Contradicción de
sentencias.

RECURSO CASACION Num.: 1947/2014

Votación: 02/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: César Tolosa Tribiño

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: QUINTA

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Rafael Fernández Valverde

Magistrados:

D. José Juan Suay Rincón

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Mariano de Oro Pulido y López

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta Sala, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ha visto el presente recurso de casación número 1947/2014, formulado por la Junta de Andalucía, representada por la Sra. Letrada de sus Servicios Jurídicos, y la Asociación Greenpeace España, a través del Procurador D. Francisco-Miguel Velasco Muñoz- Cuéllar, contra la sentencia de fecha veintiuno de marzo de dos mil catorce, dictada por la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso 1295/2008 , sostenido contra el Decreto 37/08, de 5 de febrero, por el cual se aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, en lo que afecta al sector ST-1 denominado "El Algarrobico" que se incluye en la zona C3, y ST-2, ambos sectores de las NNSS de Carboneras; habiendo comparecido, en calidad de partes recurridas, la Junta de Andalucía, la Procuradora Dña. Belén Jiménez Torrecillas, en nombre y representación del Ayuntamiento de Carboneras, y la mercantil Azata Patrimonio, S.L., a través del Procurador D. Gustavo García Esquilas, con los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Sección tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó, con fecha veintiuno de marzo de dos mil catorce, sentencia en el recurso 1295/2008 , cuyo Fallo es del siguiente tenor:

"Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por Azata del Sol [Azata Patrimonio, S.L.], en cuya representación interviene D. Julio contra el Decreto 37/08, de 5 de febrero, por el cual se aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Gata-Níjar, en lo que afecta al sector denominado "El Algarrobico" que se incluye en la zona C3; y consecuentemente, se



www.civil-mercantil.com

revoca el acto administrativo impugnado por no ser ajustado a derecho en el particular relativo a la norma 4. 2.3.3 Anulando y dejando sin efecto el inciso final que dice "entre las que se incluye el sector ST-1 (SUE R5 en la NN.SS. de Carboneras 1988), denominado Algarrobico"; y se declara que el nivel de protección medio ambiental del referido sector debe ser el correspondiente a las demás áreas declaradas como zona D en el PORN aprobado por Decreto 37/08 conforme a la planimetría publicada en el BOJA, debiendo reflejarse dicha zonificación en la cartografía correspondiente. De igual forma debe declararse el derecho de la actora a que los terrenos incluidos en el Sector ST2 de Carboneras se incluyan en la zonificación del Decreto impugnado como "D" en el PORN de 2008. Sin especial pronunciamiento sobre condena en costas. (...)"

Notificada dicha sentencia a las partes, la representaciones procesales de las recurrentes presentaron ante la Sala de instancia escritos solicitando se tuviese por preparado recurso de casación, a ello se accedió por resolución de 8 de abril de 2014, en la que se acordaba "Tener por preparado el recurso de casación interesado por la parte demandada y codemandada en este procedimiento" y su emplazamiento para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

Segundo.

Dentro del plazo al efecto concedido comparecieron ante esta Sala las partes expresadas en el encabezamiento de la presente.

La Asociación Greenpeace España formalizó su escrito de interposición en el que aduce dos grupos de motivos: "El primero, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, de acuerdo con lo establecido en los artículos 88.1.d y 88.3 de la LJCA ." Inadmitidos por este Tribunal "los motivos de casación undécimo y decimosegundo formulados por esta entidad al amparo del artículo 88.1.d)", defendía su posición de la siguiente manera:

"Primero.- La sentencia recurrida contradice la sentencia firme de la Sección Primera de la misma Sala de fecha 11 de junio de 2012 , que tiene efectos de cosa juzgada. Además, la sentencia crea inseguridad jurídica por haber modificado en sentido opuesto la misma disposición de carácter general que ya modificó dicha sentencia firme de fecha 11 de junio de 2012 .

Segundo.

La sentencia vulnera los principios de igualdad jurídica y de legalidad por contradecir a numerosas sentencias que examinan cuestiones que guardan una estrecha dependencia.

Tercero.

La sentencia ignora y contradice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2011 que acuerda proteger cautelarmente El Algarrobico con el nivel C1.

Cuarto.

La sentencia crea inseguridad jurídica al contradecir a la sentencia de la misma Sala y Sección de fecha 17 de marzo de 2008 que paraliza las obras del Hotel del Algarrobico por estar en espacio protegido.



www.civil-mercantil.com

Quinto.

La sentencia crea inseguridad jurídica al contradecir a las de la misma Sala, dos de fecha 10 de diciembre de 2013 y otra de carácter firme de fecha 7 de octubre de 2013 , que confirman el ejercicio del derecho de retracto en base a que los terrenos de El Algarrobo son protegidos.

Sexto.

La sentencia contradice a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de julio de 2012 que niega a Azata del Sol S.L. cualquier indemnización, y a la ya mencionada del TSJA de fecha 10 de diciembre de 2013 y no respeta la Resolución de 26 de marzo de 2009 del Parlamento Europeo.

Séptimo.

La sentencia incumple varias directivas europeas.

Octavo.

La sentencia recurrida incumple La Ley del Suelo estatal y la Ley 42/07 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, entre otras. Noveno.- La sentencia se basa en una interpretación errónea del artículo 238 del PORN de 1994 y la Zonificación del PRUG, que le lleva a vulnerar los artículos 16 y 18 de la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad . La lista de zonas urbanizables, D2, puede ser disminuida por el planeamiento urbanístico municipal pero nunca añadir nuevas zonas, como sostiene la sentencia.

Décimo.

No existe vulneración del principio de igualdad pues ningún otro terreno del municipio de Carboneras clasificado como urbanizable en las NNSS ha sido clasificado como protegido en el PORN. En el municipio de Níjar, muchos terrenos clasificados como urbanizables en el planeamiento municipal fueron clasificados como protegidos en el PORN. La lista de zonas D2 es cerrado y excluyente, salvo modificación del PORN por sus trámites legales.

(...)

Decimotercero.- No existe antinomia alguna entre el Texto y la planimetría. La Consejería de Medio Ambiente fue la autora del cambio de la letra C1 por la D2, sin expediente alguno."

Y continuaba el segundo, "por infracción de precepto constitucional de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de acuerdo con los artículos 88.1.c Y 88.2 de la LJCA , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

Primero.

Privación del derecho al juez predeterminado por la ley del artículo 24 de la Constitución y publicación de la sentencia antes de finalizar el plazo para resolver el recurso



www.civil-mercantil.com

por cambiar de Sección y de ponente, provocando indefensión e impidiendo el derecho de recusación. Segundo.- Dilaciones en el Rollo de Apelación 2026/08 coincidiendo con la acelerada tramitación del presente recurso."

Por su parte, la Junta de Andalucía, en calidad de recurrente, argumentó su recurso con base a los motivos siguientes, salvo el quinto, que también fue inadmitido: "Primero.- Al amparo del art. 88.1 c) de la L.J.C.A . denunciamos la infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales, en concreto por infracción de los artículos 152.2 y 198 de la Ley Orgánica del Poder Judicial regulador del Juez ordinario predeterminado por la ley y artículos 17.1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-Administrativa 29/98 relacionados todos ellos con el art. 24 de la Constitución , con efectiva indefensión para esta parte por vulneración del derecho al juez legal y natural, al juez ordinario predeterminado por la ley como se manifiesta en auto del TC 324/93 y entre otras sentencias 164/2008 TC.

Segundo.

Al amparo del art. 88.1 d) de la L.J.C.A ., por infracción del Derecho estatal y de la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, denunciamos la infracción del valor y alcance de la COSA JUZGADA en su doble vertiente, material y formal, con violación de los artículos 222 , 400.2 y 207, especialmente ordinales 1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; artículos 72.2 de la Jurisdicción contencioso-administrativa; todos ellos en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , así como el artículo 9.3 y 14 del mismo Texto Fundamental y con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2008 y demás que citaremos.

Cuarto.

Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA , por infracción del Derecho Estatal, así como de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, denunciamos la infracción de los artículos 24.1 , 9.3 , 117.3 y 118 de la Constitución y artículos 71.1 b) , 71.2 ; artículo 72.2 y los artículos 103 y siguientes de la LJCA . (...) Sexto.- Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA denunciamos la infracción de los principios contenidos en el artículo 45 de la Constitución , y en el tratado constitutivo de la Unión Europea, en concreto en sus artículos 130 R a 130 T, así como los artículos 4 a 6 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992 , relativa a la conservación de los Hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres - Directiva Habitats- y artículos 4 a 6 del español, así como el artículo 51 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad . Artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso- administrativa .

Séptimo.

Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA denunciamos la infracción de los artículos 4 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre y 15 a 19 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad , no respetando las reglas del control jurisdiccional sobre la potestad administrativa de planeamiento: los hechos determinantes en el caso del sector ST1.



www.civil-mercantil.com

Octavo.

Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA denunciamos la infracción de los artículos 4 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre y 15 a 19 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y Biodiversidad no respetando las reglas del control jurisdiccional sobre la potestad administrativa de planeamiento: los hechos determinantes en el caso del sector ST2; y en conexión con ello, la infracción de los artículos 12 y 13 de la Ley 8/2007 Ley del suelo, y artículos 30 a 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio TRLS , así como el artículo 71.2LJCA .

Noveno.

Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA , denunciamos la infracción por la Sentencia de los artículos 33 de la CE ; artículos 8 , 12 y 13 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo ; artículos 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre y 74 de la Ley 42/2007 , que prevé la creación del Fondo para el Patrimonio Natural cuyo objetivo, entre otros, incluye subvenir al mantenimiento de las prácticas tradicionales, incentivando a los agentes que las aplican."

Tercero.

Acordada la admisión a trámite por Auto de ocho de enero de dos mil quince, con las salvedades más arriba expresadas, y remitidas las actuaciones a esta Sección quinta para su sustanciación, se dio el oportuno traslado: Greenpeace España expresó su "oposición al recurso de la Junta de Andalucía exclusivamente en lo referente a los motivos séptimo y octavo", mostrando su adhesión al resto de motivos. La entidad Azata Patrimonio, S.L. solicitaba, en sendos escritos, la desestimación de lo interesado por las recurrentes. Y la Junta de Andalucía, en calidad de recurrida, manifestó "su intención de no formular oposición".

Cuarto.

Tramitado el recurso, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, a cuyo fin se fijó, para su deliberación, votación y fallo, el dos de febrero de dos mil dieciséis, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño ,

Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de fecha 21 de marzo de 2014 , que resolvió el recurso interpuesto contra el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de



www.civil-mercantil.com

Andalucía 37/08, de 5 de febrero, por el cual se aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, en lo que afecta al sector ST-1 denominado "El Algarrobo" que se incluye en la zona C3 y ST2 de las NNSS de Carboneras.

Segundo.

El fallo de la sentencia resultó ser estimatorio de las pretensiones de la entidad recurrente, acordando revocar el acto administrativo impugnado «por no ser ajustado a derecho en el particular relativo a la norma 4.2.3.3 anulando y dejando sin efecto el inciso final que dice "entre las que se incluye el sector ST-1 (SUE R5 en las NNSS. de Carboneras 1988), denominado Algarrobo"; y se declara que el nivel de protección medio ambiental del referido sector debe ser el correspondiente a las demás áreas declaradas como zona D en el PORN aprobado por Decreto 37/08 conforme a la planimetría publicada en el BOJA, debiendo reflejarse dicha zonificación en la cartografía correspondiente. De igual forma debe declararse el derecho de la actora a que los terrenos incluidos en el Sector ST2 de Carboneras se incluyan en la zonificación del Decreto impugnado como D en el PORN de 2008».

Tercero.

La sentencia recurrida comienza su examen del caso resumiendo la pretensión de la mercantil demandante, la cual sostenía que, dentro de las diferentes zonificaciones establecidas en el PORN de 2008, el sector ST-1 debe ser incluido en la zona D, que comprende áreas excluidas de la zonificación ambiental, que incluyen suelos urbanos y urbanizables cuyo desarrollo, a priori, se considera posible siempre que se determine su no afección a los hábitats naturales y las especies que motivaron la inclusión de este espacio natural en la red Natura 2000. Así, la empresa recurrente había alegado en su demanda que el sector ST-1 tiene la condición de suelo urbanizable, y que la Junta de Andalucía así lo había constatado cuando reconoció que ese sector debía incluirse en la zona D-2 (suelos urbanizables) del PORN de 1994, con la consiguiente exclusión de dicho sector del ámbito de los suelos especialmente protegidos. Por eso, entendía la actora que el terreno en cuestión no podía incluirse en la zonificación ambiental C-3 (que establece un nivel de protección).

Cuarto.

Las referidas alegaciones han sido sustancialmente acogidas por la sentencia impugnada.

En efecto, esta última sentencia comienza su examen del asunto (en cuanto ahora interesa) en el fundamento de Derecho sexto, donde analiza la protección ambiental dada a ese sector por obra del PORN de 1994.

La Sala comienza su examen centrándose en el problema consistente en dilucidar cuál era la zonificación realmente procedente de ese sector conforme al PORN de 1994: si C1 (ambientalmente protegido) o D2 (área urbanizable carente de interés ambiental específico), para concluir que esta última es la zonificación ajustada a derecho.

Para ello se acude a las definiciones que para cada una de las zonas del parque contiene el art. 238 del PORN de 1994, y que delimita las zonas de protección de Grado D, como "aquellos espacios que carecen de un interés ambiental específico para ser incluidos en alguna de las categorías anteriores ya que se detectan significativas alteraciones de carácter antrópico como son las áreas de cultivo intensivo o los núcleos urbanos de interés general".



www.civil-mercantil.com

Dentro de esta zona D se diferenciaban 5 categorías, delimitándose, en lo que aquí interesa, la Subzona D2 Áreas Urbanizables, como "aquellos espacios que clasificados por el planeamiento municipal vigente como tales no presentan contradicción alguna con los objetivos de conservación del Parque natural; esto es no afectan al patrimonio cultural del Parque Natural o prevean usos que se consideren incompatibles como los industriales. Estas áreas se localizan actualmente junto a los núcleos de población de San José, el Pozo de los Frailes, Rodalquilar, las Negras y Agua Amarga".

Para concluir que los terrenos donde se ubica "El Algarrobico", estaban incluidos en la subzona referenciada (D2), desarrolla la sentencia una extensa argumentación que puede sintetizarse en los siguientes razonamientos:

Se afirma que en el PORN de 1994 había una antinomia entre el texto articulado del plan y su planimetría en cuanto al sector ST-1.

Se reconoce que " la planimetría del Parque incluía una representación cartográfica en la cual se apreciaba la inclusión del suelo ST1 como zona C1 "áreas naturales de interés general" , que englobaba aquellos espacios que contenían formaciones vegetales naturales y cultivos abandonados en proceso de regeneración natural, cuyas singularidades no precisaban protección específica", pero considera que tal representación gráfica era contraria al texto del Plan, dado que "atendiendo a que el Sector ST1 de Carboneras (El Algarrobico) se clasificaba por el planeamiento municipal como suelos urbanizables según comunmente aceptan las partes y resulta del expediente y pruebas practicadas, lo que podría en principio conducir a su inclusión como suelos zonificados D2, la planimetría anexa al PORN lo situaba como zona C1", por lo que considera que dicha antinomia debe resolverse dando preferencia del texto articulado.

Se sostiene, a continuación que "partiendo de tal consideración de suelos urbanizables, no existía en el Decreto 418/94 ni en su memoria ninguna referencia a las circunstancias que, conforme al art 238 de la norma citada , pueden motivar la exclusión de la zonificación como D2 pese al carácter urbanizable de los terrenos, esto es no aparece justificación alguna en orden a que el desarrollo de los terrenos fuera incompatible con los valores del Parque natural en el área afectada ".

En tercer lugar se constata que el art 238 del Decreto 418/94 incluye un inciso conforme al cual las áreas D2 "se localizan actualmente junto a los núcleos de población de San José, el Pozo de los Frailes, Rodalquilar las Negras y Agua Amarga", esto es, no se refiere al núcleo de población donde se sitúan los terrenos litigiosos, no obstante lo cual, la sala de instancia considera que "la interpretación más acorde con el principio de seguridad jurídica debe suponer la consideración de tal enumeración como meramente ejemplificativa, puesto que lo contrario supondría que enunciados unos criterios generales de zonificación, los mismos solo se plasmarían en determinados núcleos de población, con exclusión de otros que se hallasen en idéntica situación en atención a la situación precisamente descrita por la norma".

Hace referencia igualmente la sentencia al problema de la corrección de la planimetría, llevado a cabo por la Junta de Andalucía en 1997, sustituyendo la zonificación C1 por D2. Según se razona, la Sala prescinde de enjuiciar la legalidad del procedimiento seguido para tal corrección, llegando no obstante a las siguientes conclusiones:

a) "...con independencia de la observancia de los tramites legalmente exigibles, según resulta de la argumentación anteriormente expuesta, la mencionada corrección de errores no operaba arbitrariamente rectificando una situación fijada con anterioridad de forma inexorable y definitiva, sino que, por el contrario, respondía a la antinomia existente entre el texto articulado del PORN de 1994 y su documentación gráfica".



www.civil-mercantil.com

b) Que "tal corrección, prescindiendo de su eficacia jurídica, pone de manifiesto una toma de postura de la misma Administración en relación a la situación existente sobre tales terrenos que no puede por menos que incidir en la interpretación que debe realizar la Sala de los textos normativos de aplicación".

c) "que la concordancia entre la zonificación D2 y la clasificación de urbanizable del suelo del Sector ST-1 de Carboneras quedó de manifiesto cuando la Administración no procedió a iniciar ninguno de los procedimientos de revisión de los Planes Urbanísticos de Carboneras, ni ordenó la suspensión de dichos planes como tendría que haber hecho de entender que dicha clasificación de urbanizable era discordante con la zonificación urbanística, a tenor de lo previsto en el art. 8 del PORN."

Por último, se refiere la sentencia recurrida al contenido del Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata - Níjar, que, según se reconoce "al tratar el apartado de zonificación establece, con una redacción ciertamente confusa, la conservación transitoria de todos aquellos suelos urbanizables que existían como tales a la entrada en vigor del PORN. Dice así el art. 2 del PRUG: Subzonas D.2. Áreas Urbanizables. Se consideran así aquellos espacios que, clasificados por el planeamiento municipal vigente como tales, no presentan contradicción alguna con los objetivos de conservación del Parque Natural. Esto es, no afecten al patrimonio cultural del Parque Natural o prevean usos que se consideren incompatibles, como los industriales. Desde una óptica espacial, estas áreas se localizan actualmente, en espera de la reglamentaria adecuación del planeamiento urbanístico municipal vigente, junto a los núcleos de población de San José, El Pozo de los Frailes, Rodalquilar, Las Negras y Agua Amarga".

De tal tenor literal, extrae la sentencia de instancia, la siguiente conclusión "Es decir, el PORN, y en su desarrollo el PRUG, aspira a reducir las áreas urbanizables existentes a la entrada en vigor de ambos instrumentos a aquellas que menciona de forma específica. Pero siendo evidente que son otras muchas las áreas de suelo urbanizable existentes, la regulación queda "en espera de la reglamentaria adecuación del planeamiento vigente". Es decir, el planeamiento vigente, en tanto no se acometa la reglamentaria adecuación, conserva vigencia. Y ello es obvio porque, como hemos visto, la entrada en vigor del PORN abocaba bien a la suspensión de vigencia de los Planes Urbanísticos que excedieran de aquellos suelos urbanizables a los que menciona específicamente el PORN, y su correspondiente revisión; bien, y esta es la alternativa subsidiaria, a demorar la "reglamentaria adecuación del planeamiento vigente" de manera que éste conservaría su vigencia en tanto no se pusieran en marcha aquellos procedimientos de revisión".

A partir de estos razonamientos, las siguientes consideraciones que contiene la sentencia, son de un carácter mucho más general, deteniéndose a argumentar sobre la incidencia que la cuestión supone sobre el derecho de propiedad y la protección de su contenido mínimo, concluyendo que "en cuanto los terrenos incluidos en el Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar no comprenden exclusivamente suelos no urbanizables sino también suelos sometidos a transformación urbanística, y ante la posible existencia de derechos adquiridos, en tanto no se contemplan medidas expropiatorias o indemnizatorias, el propio PORN de 1994 cuidaba de, en el marco del respeto a los valores medioambientales propios del Parque natural, respetar la situación urbanística preexistente". Para continuar con una mención a los derechos adquiridos de los propietarios de los terrenos.

Más aún, la Sala da en esta sentencia un paso añadido en su razonamiento, declarando que la zonificación correcta de la zona no debe ser la C3 (que ha sido anulada por falta de justificación, como se acaba de ver) sino la D (para llegar a esta conclusión parte la Sala una vez más de lo que ha sido la premisa de toda su exposición, a saber, la zonificación



www.civil-mercantil.com

conforme al PORN de 1994 como D2). Leemos, así, en el FJ 11º: que "Procede por tanto estimar el presente recurso anulando parcialmente el Decreto 37/08, de 5 de febrero, por el cual se aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, en lo que afecta al sector denominado "El Algarrobico" que se incluye en la zona C3; y al sector ST2 de las NNSS de Carboneras consecuentemente, se revoca la actuación administrativa impugnada por no ser ajustado a derecho en el particular relativo a la norma 4. 2.3.3 Anulando y dejando sin efecto el inciso final que dice ", entre las que se incluye el sector ST-1 (SUE R5 en las NN.SS. de Carboneras 1988), denominado Algarrobico"; y se declara que el nivel de protección medio ambiental del referido sector debe ser el correspondiente a las demás áreas declaradas como zona D en el PORN aprobado por Decreto 37/08 conforme a la planimetría publicada en el BOJA, debiendo reflejarse dicha zonificación en la cartografía correspondiente. De igual forma debe declararse el derecho de la actora a que los terrenos incluidos en el Sector ST2 de Carboneras se incluyan en la zonificación del Decreto impugnado como "D" en el PORN de 2008".

Quinto.

Una vez se ha concluido que la zonificación del PORN de 1994 de los terrenos litigiosos era D2, analiza la Sala de instancia, a partir de su Fundamento de Derecho octavo, el contenido del Decreto 37/08 que es el impugnado y objeto del recurso.

En él se contempla el sector ST1 en la norma 4.2.3.3. "Núcleos habitados existentes y otras zonas transformadas" y dentro de las zonas C3, incluyéndose en esta categoría: "... Otras áreas degradadas por la intervención humana, entre las que se incluye el sector ST-1 (SUE R5 en las NNSS. de Carboneras 1988), denominado Algarrobico."

El artículo 5.4.3.3. se refiere a los usos y actividades permitidos en las zonas C-3, concretamente, en lo que aquí nos interesa: " c) Las nuevas edificaciones y la rehabilitación de las existentes para el desarrollo de actividades ligadas al turismo en el medio rural y a actividades de carácter artesanal declaradas de interés público, salvo en las zonas alteradas por la explotación minera y otras zonas degradadas."

Por otro lado en la zonificación D, el Decreto impugnado en cuanto áreas excluidas de la zonificación ambiental se incluyen "aquellas áreas no incluidas en las categorías anteriores, en concreto, aquellos suelos urbanos y urbanizables cuyo desarrollo, a priori, se considera posible siempre que se determine su no afección a los hábitats naturales y las especies que motivaron la inclusión de este espacio natural en la red Natura 2000".

A partir de tal regulación concluye la sentencia recurrida que:

"...partiendo de que la zonificación de los terrenos ST1 era, en el PORN de 1994 la D2, referida a suelos urbanizables cuyo desarrollo no resultase a priori contrario a los valores del Parque natural, la zonificación como C3 de tales terrenos y las limitaciones de uso que ello implica, supone una restricción de los derechos de los propietarios".

Por otro lado, según la sentencia "no se ofrece por la Administración demandada a través de la memoria del PORN ni con ocasión de los diferentes informes incorporados a la misma la más mínima justificación en cuanto al cambio en la zonificación que afectase a los suelos ST1 propiedad de la actora", por lo que concluye "declarando la nulidad de pleno derecho del Decreto impugnado en lo referente a la zonificación de los tales terrenos incluidos en el sector St1 del término Municipal de Carboneras".

Sin embargo, la sentencia no se detiene en tal declaración. Bajo el argumento de que "la actora solicita un pronunciamiento de plena jurisdicción o reconocimiento de derecho,



www.civil-mercantil.com

interesando que por la Sala se declare que la zonificación pertinente en cuanto afecta a los terrenos incluidos en el Sector ST1 de Carboneras es la D conforme a la norma 4.2.4 del Decreto impugnado", la sala concluye que lo correcto es la zonificación de los terrenos como D, dada su clasificación como urbanizable en el planeamiento municipal y su ausencia de afección a los valores naturales que se tratan de proteger.

Sexto.

La Sala de instancia, consciente de que tal pronunciamiento contradice frontalmente lo que había sido declarado en la sentencia precedente de la Sección 1ª de la Sala, dedica su fundamento de Derecho 12º a justificar su decisión desde esta perspectiva, señalando lo siguiente:

"Por otro lado no puede dejar de ponderarse la sentencia 1951/2012 dictada en fecha once de junio de dos mil doce en el PO 1309/08 por esta Sala a través de su Sección Primera, en recurso en el cual se impugna por Greenpeace el mismo Decreto objeto del presente recurso y en la cual se alcanzan soluciones diversas a las conclusiones de la presente sentencia señalando que los Terrenos incluidos en el Sector ST-1 de las NNSS de Carboneras deben resultar zonificados como C1 en el PORN. Respecto de dicha situación debe indicarse en primer lugar que la expresada sentencia no produce efectos de cosa Juzgada en el presente litigio en primer lugar al actuar las partes con diferente posición Jurídica pero sobre todo por cuanto petitum y causa de pedir son diversas por lo que no concurren las identidades requeridas para la producción de los efectos de cosa Juzgada. Tampoco resulta afectado el principio de igualdad por cuanto la jurisprudencia constitucional ha excluido la existencia de tal derecho cuando los procesos sometidos a comparación radican en Secciones diferentes de un mismo Tribunal. Por último indicar que fundamentalmente la diversa conclusión obedece al considerar aquella sentencia, con fundamento sustancial en la cartografía del PORN, que los terrenos cuestionados resultaban zonificados como C1 en el PORN de 1994, posición que resulta diferente a la sostenida en la presente sentencia, según hemos visto, en la que se toma como punto de partida la zonificación como D2 de tales terrenos en el indicado PORN de 1994, lo que necesariamente conduce a conclusiones diferentes entre una y otra sentencia".

Séptimo.

Respecto de los terrenos definidos como ST2 en las NNSS de Carboneras y que en el PORN impugnado se incluyen en las zonas B1 "áreas naturales de interés general" y B2 "áreas naturales con usos tradicionales", la sentencia concluye que "debe partirse como incontrovertida de la clasificación de los terrenos como urbanizables a tenor de las NNSS del municipio de Carboneras. Por otro lado el sector ST-2 cuenta con Plan Parcial pendiente de aprobación definitiva por haber impuesto la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo la necesidad de evaluación de impacto ambiental mediante resolución que, en sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA ha sido declarada no ajustada a derecho. Carece el expediente asimismo de justificación probatoria en orden a si el desarrollo urbanístico origina la afección de los valores propios del Parque Natural que determinan su integración en la Red Natura 2000, así como las particularidades de tales suelos que, pese a la consideración general de la Norma en relación a los suelos urbanizables, deben motivar la integración particular de tales suelos como parte del ámbito de las áreas B1 "áreas naturales de interés general" y B2 "áreas naturales con usos tradicionales".



www.civil-mercantil.com

Sobre esta base y en orden a los suelos integrados en el referido ST2 no puede sino realizarse aplicación de lo expuesto en relación al sector ST1 tanto en orden a la conservación por el PORN de 1994 y, en línea de continuidad, por el PORN de 2008 impugnado de la clasificación del suelo como urbanizable que realiza el planeamiento municipal; la ausencia de impulso alguno en orden a la revisión de las NNSS que clasificaban el suelo en cuestión como urbanizable. La pauta interpretativa que ofrece el PRUG en orden al respeto del planeamiento vigente en tanto no se proceda a la modificación reglamentaria, y finalmente a la ausencia de una justificación material que justifique un trato diferenciado de los suelos incluidos como ST2 de Carboneras respecto de otros suelos urbanos y urbanizables que se zonifican incluyéndolos en el área D. Ello determina por tanto la existencia de un trato diferenciado no justificado que debe conducir a la estimación del recurso incluyendo la zonificación de tales suelos en el área D como corresponde en general a los suelos urbanizables respecto de los cuales no se acredite que su desarrollo ofrece afección a los valores del parque, excepción que adolece de prueba o argumentación particular en el presente supuesto".

Octavo.

Como hemos señalado, la sentencia recurrida afirma que su decisión resulta ser contradictoria con otra anterior dictada por la misma Sala, aunque por distinta Sección. Dada la trascendencia que para la resolución del presente recurso puede tener, debemos hacer constar que la Sección Primera de la Sala de Granada dictó sentencia con fecha 11 de junio de 2012 en el recurso contencioso-administrativo nº 1309/2008, promovido por Greenpeace España, en el que se examinaba la legalidad del Decreto autonómico Andaluz 37/08, de 5 de febrero, el mismo que es objeto del presente recurso, dictándose sentencia estimatoria, de conformidad con el siguiente tenor literal del fallo: "Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal de Greenpeace España contra el Decreto 37/08, de 5 de febrero, por el cual se aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, en lo que afecta al sector denominado "El Algarrobo" que se incluye en la zona C3; y consecuentemente, se revoca el acto administrativo impugnado por no ser ajustado a derecho y se declara que el nivel de protección medio ambiental del referido sector debe ser el otorgado como zona C1 en el PORN aprobado por Decreto 418/94 conforme a la planimetría publicada en el BOJA".

Para llegar a esta conclusión estimatoria del recurso, la Sala parte de la consideración de que en la planimetría del PORN de 1994, el sector concernido (ST-1 El Algarrobo) estaba configurado como zona C1 (área natural de interés general), pero ocurrió que los planos correspondientes fueron modificados por vía de hecho (esto es, al margen de cualquier procedimiento) por la Administración autonómica, a fin de configurar ese espacio como zona D2 (urbanizable). Pese a tal originaria zonificación, el PORN de 2008 califica la zona de El Algarrobo como zona C3, que hace referencia a los "núcleos habitados preexistentes y otras zonas transformadas", respecto de los cuales el PORN permite nuevas edificaciones y la rehabilitación de las existentes para el desarrollo de actividades ligadas al turismo en el medio rural.

En el referido procedimiento, la parte actora alegó que era improcedente clasificar El Algarrobo en el plan de 2008 como zona C3 porque tal consideración es incompatible con la declaración de tales terrenos como zona de especial protección para aves - ZEPA- (en octubre de 1989), como lugar de interés comunitario -LIC- (en enero de 1998), integrante de la Red Natura 2000 (en 2007), de la Reserva de la Biosfera (en 1997) y del Humedal RAMSAR (en 1991), así como zona especial de protección del mediterráneo -ZEPIME-.



www.civil-mercantil.com

En definitiva, se sostuvo por la demandante Greenpeace, que la inclusión de El Algarrobo en una zona C3 suponía rebajar el nivel de protección que tenía dicho sector en relación a la inicial planificación del PORN, que lo incluía en la zona C1.

Pues bien, la Sala de Granada, en esa sentencia de 11 de junio de 2012, apreció que la pretendida caracterización de la zona conforme al PORN de 1994 como zona D2 (urbanizable) era inaceptable porque se había adoptado mediante el cauce jurídicamente inviable de una "corrección de errores", cuando en la planimetría del PORN era de todo punto evidente que el terreno en cuestión se incluía en zona C-1 (especialmente protegido). Partiendo de esta base, la Sala concluyó que la calificación, por obra del PORN de 2008 impugnado en el proceso, del sector S-T1 como C-3 suponía una degradación del nivel de protección asignado en el PORN de 1994, ya que "el PORN de 2008 permite mayores usos y actividades que los que eran posibles con el PORN 1994, como por ejemplo las nuevas edificaciones y rehabilitación de las existentes con fines agropecuarios o incluso la actividad extractiva, Y además, el PORN de 1994 contenía una regla por la que se considerarían incompatibles todos los usos y actividades contempladas en las Normas Generales de Protección, mientras que el PORN de 2008 establece una regla general, precisamente en sentido contrario, posibilitando permitir cualquier actuación en los términos establecidos en la normativa que resulte de aplicación" (FJ 7º).

Partiendo de tal consideración, apreció el Tribunal que esa degradación del nivel de protección solo sería permisible en la medida que se justificase en cambios provocados por la evolución natural del espacio protegido, lo que no se había acreditado en este caso.

Sobre la base de tal conclusión, la Sala declara que, una vez anulado el PORN de 2008, el nivel de protección debe ser el más cualificado que se establecía en el PORN de 1994; siendo de tener en cuenta que conforme a ese PORN de 1994 debe incluirse el espacio contemplado en la zona C-1 (protegido) y no en la D-2 (urbanizable), por el hecho de que la modificación pretendida por la Administración autonómica, para cambiar la planimetría del PORN de 1994 a fin de pasar de la zona C-1 a la D-2, se había llevado a cabo mediante una "vía de hecho" desprovista de validez alguna.

Por eso, la parte dispositiva de la sentencia referida no sólo anula la disposición impugnada, sino que ordena que el nivel de protección del sector ST-1 sea el otorgado como zona C-1 en el PORN de 1994 conforme a la planimetría original de dicho plan.

En definitiva, la sala aplica la doctrina de la "reviviscencia" del planeamiento anterior dado que, declarada la nulidad de la zonificación establecida en el PORN de 2008, recuperaba su eficacia la existente en el PORN de 1994.

Noveno.

Contra la referida sentencia, se interpone el presente recurso, que se fundamenta en los siguientes motivos, tal y como textualmente, han quedado formulados por ambas partes recurrentes:

GREENPEACE ESPAÑA :

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN. El primer motivo de este recurso es por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, de acuerdo con lo establecido en los artículos 88.1.d y 88.3 de la LJCA .



www.civil-mercantil.com

Primero.

La sentencia recurrida contradice la sentencia firme de la Sección Primera de la misma Sala de fecha 11 de junio de 2012 , que tiene efectos de cosa juzgada. Además, la sentencia crea inseguridad jurídica por haber modificado en sentido opuesto la misma disposición de carácter general que ya modificó dicha sentencia firme de fecha 11 de junio de 2012 .

Segundo.

La sentencia vulnera los principios de igualdad jurídica y de legalidad por contradecir a numerosas sentencias que examinan cuestiones que guardan una estrecha dependencia.

Tercero.

La sentencia ignora y contradice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2011 que acuerda proteger cautelarmente El Algarrobo con el nivel C1.

Cuarto.

La sentencia crea inseguridad jurídica al contradecir a la sentencia de la misma Sala y Sección de fecha 17 de marzo de 2008 que paraliza las obras del Hotel del Algarrobo por estar en espacio protegido.

Quinto.

La sentencia crea inseguridad jurídica al contradecir a las de la misma Sala, dos de fecha 10 de diciembre de 2013 y otra de carácter firme de fecha 7 de octubre de 2013 , que confirman el ejercicio del derecho de retracto en base a que los terrenos de El Algarrobo son protegidos.

Sexto.

La sentencia contradice a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de julio de 2012 que niega a Azata del Sol S.L. cualquier indemnización, y a la ya mencionada del TSJA de fecha 10 de diciembre de 2013 y no respeta la Resolución de 26 de marzo de 2009 del Parlamento Europeo.

Séptimo.

La sentencia incumple varias directivas europeas.

Octavo.

La sentencia recurrida incumple La Ley del Suelo estatal y la Ley 42/07 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, entre otras. NOVENO.- La sentencia se basa en una interpretación errónea del artículo 238 del PORN de 1994 y la Zonificación del PRUG, que le lleva a vulnerar los artículos 16 y 18 de la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad . La lista



www.civil-mercantil.com

de zonas urbanizables, D2, puede ser disminuida por el planeamiento urbanístico municipal pero nunca añadir nuevas zonas, como sostiene la sentencia.

Décimo.

No existe vulneración del principio de igualdad pues ningún otro terreno del municipio de Carboneras clasificado como urbanizable en las NNSS ha sido clasificado como protegido en el PORN. En el municipio de Níjar, muchos terrenos clasificados como urbanizables en el planeamiento municipal fueron clasificados como protegidos en el PORN. La lista de zonas D2 es cerrado y excluyente, salvo modificación del PORN por sus trámites legales.

UNDÉCIMO.- El artículo 238 del PORN de 1994 y zonificación del PRUG exige dos condiciones para incluir terrenos en la categoría D2, que no tengan valor ecológico y que sean urbanizables en la normativa municipal. La definición de zonas D no encaja con las características de ambos sectores que tienen un alto valor ecológico.

DUODÉCIMO.- La sentencia elude valorar la trascendencia jurídica y la forma en que se llevó a cabo la modificación del PORN de 1994, sustituyendo la letra C1 por una D2, sin expediente alguno. No hubo error de hecho sino error de concepto, al creer que la DIA del planeamiento municipal podía modificar al PORN.

DECIMOTERCERO.- No existe antinomia alguna entre el Texto y la planimetría. La Consejería de Medio Ambiente fue la autora del cambio de la letra C1 por la D2, sin expediente alguno.

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN: El segundo motivo de casación es por infracción de precepto constitucional de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de acuerdo con los artículos 88.1.c y 88.2 de la LJCA , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

Primero.

Privación del derecho al juez predeterminado por la ley del artículo 24 de la Constitución y publicación de la sentencia antes de finalizar el plazo para resolver el recurso por cambiar de Sección y de ponente, provocando indefensión e impidiendo el derecho de recusación. SEGUNDO.- Dilaciones en el Rollo de Apelación 2026/08 coincidiendo con la acelerada tramitación del presente recurso.

JUNTA DE ANDALUCÍA:

Primero.

Al amparo del art. 88.1 c) de la L.J.C.A . denunciamos la infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales, en concreto por infracción de los artículos 152.2 y 198 de la Ley Orgánica del Poder Judicial regulador del Juez ordinario predeterminado por la ley y artículos 17.1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción contencioso- Administrativa 29/98 relacionados todos ellos con el art. 24 de la Constitución , con efectiva indefensión para esta parte por vulneración del derecho al juez legal y natural, al juez ordinario predeterminado por la ley como se manifiesta en auto del TC 324/93 y entre otras sentencias 164/2008 TC.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

Al amparo del art. 88.1 d) de la L.J.C.A ., por infracción del Derecho estatal y de la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, denunciarnos la infracción del valor y alcance de la COSA JUZGADA en su doble vertiente, material y formal, con violación de los artículos 222 , 400.2 y 207, especialmente ordinales 1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; artículos 72.2 de la Jurisdicción contencioso-administrativa; todos ellos en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , así como el artículo 9.3 y 14 del mismo Texto Fundamental y con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2008 y demás que citaremos.

Cuarto.

Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA , por infracción del Derecho Estatal, así como de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, denunciarnos la infracción de los artículos 24.1 , 9.3 , 117.3 y 118 de la Constitución y artículos 71.1 b) , 71.2 ; artículo 72.2 y los artículos 103 y siguientes de la LJCA .

Quinto.

Al amparo de la letra d) del artículo 88 de la LJCA , por infracción del Derecho Estatal, así como de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, denunciarnos la vulneración de los artículos 28 , 46.1) , 51.d) y 69 c) y e) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa y el artículo 3 del Código Civil .

Sexto.

Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA denunciarnos la infracción de los principios contenidos en el artículo 45 de la Constitución , y en el tratado constitutivo de la Unión Europea, en concreto en sus artículos 130 R a 130 T, así como los artículos 4 a 6 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992 , relativa a la conservación de los Hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres - Directiva Habitats- y artículos 4 a 6 del español, así como el artículo 51 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad . Artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa .

Séptimo.

Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA denunciarnos la infracción de los artículos 4 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo , de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre y 15 a 19 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad , no respetando las reglas del control jurisdiccional sobre la potestad administrativa de planeamiento: los hechos determinantes en el caso del sector ST1.

Octavo.

Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA denunciarnos la infracción de los artículos 4 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los



www.civil-mercantil.com

Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre y 15 a 19 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y Biodiversidad no respetando las reglas del control jurisdiccional sobre la potestad administrativa de planeamiento: los hechos determinantes en el caso del sector ST2; y en conexión con ello, la infracción de los artículos 12 y 13 de la Ley 8/2007 Ley del suelo, y artículos 30 a 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio TRLS , así como el artículo 71.2LJCA .

Noveno.

Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA , denunciamos la infracción por la Sentencia de los artículos 33 de la CE ; artículos 8 , 12 y 13 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo ; artículos 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre y 74 de la Ley 42/2007 , que prevé la creación del Fondo para el Patrimonio Natural cuyo objetivo, entre otros, incluye subvenir al mantenimiento de las prácticas tradicionales, incentivando a los agentes que las aplican.

Décimo.

Entrando a analizar el motivo atinente a la infracción de las normas in procedendo , se comprueba cómo en el escrito de interposición del recurso de casación formulado por Greenpeace España se desarrolla al amparo de la letra c) del art. 88. 1 de la LJCA , una argumentación tendente a destacar distintas infracciones consistentes básicamente en el incumplimiento y transgresión de la reglas de reparto entre las Secciones de la Sala, y el dictado de sentencia cuando estaba pendiente un recurso contra el cambio de Sección, acordado cuando ya estaba concluida la tramitación del pleito. Afirma, así, la asociación ecologista recurrente, en el primer apartado de este motivo, que se ha infringido el derecho al juez predeterminado por la Ley desde el momento que el cambio de Sección se acordó - mediante proveído de 24 de febrero de 2014- con infracción de las normas de reparto existentes en la Sala, y además se le notificó dicha providencia cuando el recurso ya había sido deliberado y votado, haciendo irreversible ese cambio de Sección. Añade que la providencia que disponía el cambio de Sección fue impugnada en reposición por la mercantil actora, Azata Patrimonio S.L., y Greenpeace manifestó en trámite de alegaciones su conformidad con dicho recurso, pero la sentencia se dictó antes de transcurrir el plazo para la impugnación del recurso contra la providencia y sin contestar al recurso de reposición, resultando que la actora, a la vista de la sentencia que le era favorable, desistió de su recurso de reposición después de haberse dictado la sentencia, y la Sala de instancia aceptó el desistimiento sin más trámites.

En similares términos, la Junta de Andalucía ha presentado un escrito de interposición, en el que el motivo primero denuncia la infracción de los arts. 152.2 y 198 LOPJ en relación con el art. 24 CE , y de los arts. 17, 1º y 3º, de la Ley Jurisdiccional 29/1998, por el cambio injustificado de Sección que resolvió el recurso, infringiendo las normas de reparto de la propia Sala. Señala la Administración autonómica que el pleito se sustanció hasta su conclusión en la Sección 1ª de la Sala, pero cuando ya estaba concluso se trasladó a la Sección 3ª, sin motivación alguna de tal cambio. Apunta asimismo que la propia actora recurrió en reposición la providencia de 24 de febrero de 2014 que acordaba el cambio de Sección, resultando que tras darse traslado de dicha reposición a la Junta de Andalucía, y cuando aún estaba en plazo para formular alegaciones sobre dicho recurso, se le notificó la sentencia, frustrándose así su posibilidad de reaccionar frente a un cambio de Sección que -dice- infringe el derecho al Juez predeterminado por la Ley. Añade también esta parte que las normas de reparto vigentes al

tiempo de los hechos, lejos de justificar o legitimar dicho cambio de Sección, no hacen más que poner de manifiesto su disconformidad a Derecho.

Decimoprimer.

Para dar adecuada respuesta al primero de los motivos que coincidentemente plantean los recurrentes, hay que tener en cuenta los siguientes datos:

1º) El recurso 1295/2008 se estaba tramitando en la Sección 1ª de la Sala de Granada. La última resolución dictada en esa Sección era una diligencia de ordenación de 5 de junio de 2013, por la que se tenía por evacuado el trámite de conclusiones de la demandada, y pasaban las actuaciones al Ponente " para la resolución que proceda ". Por diligencia de constancia de 10 de junio de 2013 se constata de que en dicha fecha pasaron, efectivamente, las actuaciones al ponente.

2º) No constando actuación alguna en la Sección 1ª a lo largo de los meses siguientes, el 24 de febrero de 2014 se dicta providencia, por la Sección 3ª, por la que se ordena el cambio de sección, precisamente a la Sección 3ª, y se señala para votación y fallo el 27 de febrero inmediato siguiente (tres días después). En esta providencia de 24 de febrero de 2014 se apuntaba, para justificar el cambio de Sección, lo siguiente: " En cumplimiento de Acuerdo adoptado por la Sala de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia sobre división de materias en tres Secciones aprobado por la Sala de Gobierno de este Tribunal en fecha 15 de febrero de 2011 y publicado en el BOE de 30 de mayo de 2011 en virtud de Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de fecha 8 de marzo de 2011, corresponde la resolución del presente recurso a la Sección Tercera " (no consta ninguna resolución de la Sección 1ª que acordase previamente ese cambio de Sección, ni consta diligencia alguna de la secretaría de la Sección 3ª que tuviese por recibidas las actuaciones desde la 1ª.)

3º) Esta providencia de cambio de Sección se notifica a las partes entre el 7 y el 11 de marzo de 2014, esto es, cuando el pleito ya había sido deliberado (tal deliberación se produjo, recordemos, el 27 de febrero).

4º) El 18 de marzo de 2014, la recurrente, Azata Patrimonio SL, recurre esta providencia de 24 de febrero de 2014 en reposición alegando infracción de las normas de reparto en que se ha basado el Acuerdo de la Sala (según se alegaba, las nuevas normas de reparto regirían a partir de 1 de enero de 2011, y los asuntos registrados anteriormente continuarían en la Sección a la que hubieran sido turnados, en este caso en la Sección 1ª).

5º) Por diligencia de ordenación de 19 de marzo de 2014 se tiene por interpuesto el recurso de reposición y se acuerda dar traslado del mismo a las partes por cinco días; siendo notificada esta diligencia de ordenación a la mercantil actora el mismo día 19 de marzo de 2014, a la Junta de Andalucía el día 20 de marzo, y a Greenpeace también el día 20 de marzo.

6º) Ahora bien, no habiendo vencido aún ese plazo de cinco días, el 21 de marzo de 2014, se dicta la sentencia (indicándose en ella que se había deliberado en la fecha señalada). La sentencia se notifica a la entidad demandante el día 24 de marzo, a Greenpeace España el 25 de marzo y a la Junta de Andalucía también el 25 de marzo.

7º) El mismo día en que se notifica a Greenpeace la sentencia, esta asociación había presentado un escrito poniendo de manifiesto su conformidad con lo alegado en el recurso de reposición de la recurrente contra el cambio de sección, e invocando también la infracción de las normas de reparto. Pedía, por ello, Greenpeace que se estimara el recurso de reposición y se devolvieran las actuaciones a la Sección 1ª de la Sala.



www.civil-mercantil.com

8º) El día 25 siguiente, la actora, ya concedora de la sentencia que le ha sido favorable, desistió de ese recurso de reposición contra el cambio de Sección, con amparo en el artículo 450 LEC .

9º) Al día siguiente, 26 de marzo, la Sala, sin dar traslado de dicha solicitud a las demás partes, y sin más trámites, dictó providencia por la que tuvo a la actora por desistida del recurso de súplica. Esta providencia se notificó a la parte recurrente y a Greenpeace España el propio 26 de marzo, y a la Junta de Andalucía el 27 siguiente (se indicaba que contra ella cabía recurso de reposición, aunque no consta que se interpusiera recurso contra dicha providencia).

Décimosegundo.

Sobre la base de estos datos se sustenta la alegación coincidente de las dos recurrentes sobre la denunciada infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, así como sobre la publicación de la sentencia cuando aún no había terminado el plazo para resolver el recurso de reposición.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la recurrida se opone a la admisión del motivo articulado por la asociación Greenpeace España al amparo del artículo 88.1.c), sobre la base de que no se ha cumplido en la instancia la carga procesal del art. 88.2 LJCA , toda vez que la ahora recurrente no recurrió en reposición la resolución que acordó el cambio de Sección, y la Ley de la Jurisdicción no establece la posibilidad de adherirse a dicho recurso. Apunta también, como causa de inadmisión del motivo, que el mismo es pura reiteración del escrito de preparación, y que se menciona ahora en la interposición como infringido un precepto - el art. 202 LOPJ - que no se citó en la preparación. Aduce, en fin, que la parte recurrente no especifica si lo que denuncia es una infracción de los actos procesales o bien de las normas reguladoras de la sentencia.

También se opone la recurrida a la admisión del motivo similarmente planteado por la Junta de Andalucía, por no haberse pedido la subsanación de la falta en la instancia y porque la providencia de cambio de Sección no le ocasionó indefensión alguna. Añade la ahora recurrida que si se derivó el litigio a la Sección 3ª " será porque existirá un Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ". Insiste, por lo demás, en que la parte recurrente no especifica si lo que denuncia es una infracción de los actos procesales o bien de las normas reguladoras de la sentencia.

Décimotercero.

Como bien puede apreciarse, los motivos de oposición esgrimidos por la mercantil ahora recurrida, en relación con los dos recursos de casación, son, en este punto, básicamente coincidentes. De ellos, algunos ya fueron descartados en el Auto de admisión del recurso por la Sección 1ª de esta Sala, por lo que basta con remitirse a lo que entonces se dijo, en los siguientes términos:

"Para la admisibilidad del motivo de casación acogido al artículo 88.1.c) no resulta imprescindible que el escrito de preparación especifique de manera expresa y formal si dicho motivo pretende poner de manifiesto una infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, o bien una vulneración de las normas que rigen la sentencia. Basta que la naturaleza y contenido de la infracción denunciada resulte con suficiente claridad de lo anotado en el escrito preparatorio, y que esa infracción encaje - por suscitar un vicio "in procedendo"- en el ámbito del motivo de casación al que se acoge. Así lo ha hecho la parte recurrente, que en los dos apartados de que consta el motivo casacional anunciado al amparo



www.civil-mercantil.com

del tan citado artículo 88.1.c) expone típicas infracciones "in procedendo" (básicamente, el incumplimiento y transgresión de la reglas de reparto entre las Secciones de la Sala, y el dictado de sentencia cuando estaba pendiente un recurso contra ese cambio de Sección), cuya naturaleza y contenido resulta clara y cuyo encaje en ese precepto de la Ley Jurisdiccional también es correcto. Desde esta perspectiva nada hay de reprochable en el escrito de preparación, menos aún hasta el punto de dar lugar a su inadmisión. Lo mismo puede decirse del motivo anticipado al amparo del mismo art. 88.1.c) por la Junta de Andalucía, que también cumple de forma suficiente las exigencias del artículo 89.1 LJCA ".

Por lo demás, el hecho de que el escrito de interposición presente un contenido argumental coincidente con el de preparación no tiene por qué ser determinante de la inadmisión del motivo. La Ley Jurisdiccional no impone un contenido "máximo" del escrito de preparación, ni obliga a que la interposición tenga que ser necesariamente más amplia, extensa o minuciosa que la preparación, lo que se exige es que los motivos desplegados en la interposición guarden correlación con los anunciados en la preparación.

Décimocuarto.

Más problemática es, sin embargo, la oposición a la admisión de estos motivos desde la perspectiva del cumplimiento de la carga procesal que imponen los artículos 88.2 y 93.2.b), ambos de la Ley de la Jurisdicción . Como es bien sabido, de ambos preceptos resulta que cuando se denuncia en casación un quebrantamiento de las formas procesales en la instancia, la admisión del motivo correspondiente está condicionada a que en la propia instancia se haya intentado la subsanación de la falta, "de existir momento procesal oportuno para ello"; y en este caso no deja de ser cierto que la providencia de 24 de febrero de 2014 (recordemos, dictada por la Sección 3ª, por la que se ordenó el cambio de sección, precisamente a la Sección 3ª, y se señaló para votación y fallo el 27 de febrero inmediato siguiente) no fue recurrida en reposición, en el plazo hábil a tal efecto, por ninguna de las partes ahora recurrentes. En atención a este dato, pudiera entenderse, en una primera aproximación, que no se ha dado cumplimiento a la carga procesal del artículo 88.2 y que por ende ambos motivos deben ser inadmitidos ex art. 93.2.b) LJCA .

Décimoquinto.

Tal objeción de carácter formal debe ser rechazada, desde el momento en que el defecto procesal, no radica tanto en el señalamiento de la votación y fallo del asunto, mediante providencia de la Sección tercera, como en la total e incomprensible ausencia de resolución alguna que diera cobertura a la modificación de Sección que improcedentemente y con vulneración de las normas de reparto se produjo, por lo que, no existiendo resolución, sino una auténtica "vía de hecho" en el cambio de sección operado, difícilmente se puede imputar a las partes inactividad o desidia en su respuesta.

En cualquier caso y aunque admitiéramos que la irregularidad procesal denunciada se concreta en dicha providencia, no podemos dejar de poner de relieve que la misma, además de acordar tal cambio de Sección, fijaba la fecha de deliberación del asunto, con llamativa premura, para sólo tres días después, es decir, para el 27 de febrero inmediato siguiente; pero fue notificada a las partes procesales, con evidente retraso, entre el 7 y el 11 de marzo de 2014, esto es, cuando el pleito había sido deliberado más de una semana antes (tal deliberación se produjo, recordemos, el mismo 27 de febrero, según expone la sentencia de instancia), lo que suponía que cualquier reacción de las partes no hubiera resultado viable o eficaz, dado que la deliberación y votación del recurso ya había tenido lugar, habiéndose



www.civil-mercantil.com

consumado el efecto procesal del cambio de Sección y habiendo culminado el examen, deliberación y votación del pleito por la Sala.

A mayor abundamiento, no puede afirmarse de modo concluyente, que las ahora recurrentes permanecieran aquietadas e impasibles ante lo acordado por la Sala. En efecto, la mercantil entonces demandante y ahora recurrida en casación sí que impugnó en reposición, a pesar de todo, la providencia de 24 de febrero de 2014, y una de las demandadas, Greenpeace España, al dársele traslado de este recurso, manifestó dentro del plazo de alegaciones conferido su conformidad con lo puesto de manifiesto y lo solicitado por la recurrente. Este planteamiento procesal de la demandada no es inaceptable sino que puede considerarse legítimo y viable. Ciertamente, la Ley Jurisdiccional no contempla la "adhesión" al recurso de reposición, entendida esta expresión en sentido técnico que emplea el artículo 85.4 LJCA, esto es, como una vía procesal para articular válidamente un recurso inicialmente no interpuesto en plazo, aprovechando la circunstancia de que la contraparte sí que lo ha promovido en tiempo y forma. Ahora bien, no es este el caso, pues la Asociación demandada no se adhirió, en ese preciso sentido técnico, al recurso de la actora, sino que mostró su conformidad o coincidencia con la impugnación sostenida por la demandante frente a una decisión del Tribunal que había sido acordada de oficio y que afectaba a todas las partes en igual medida y sin inicial y aparente favorecimiento/perjuicio para unas frente a otras. Importa enfatizar este dato en la medida que revela que la Asociación codemandada no permaneció frente al cambio de Sección en una censurable pasividad indolente, sino que puso de manifiesto su desacuerdo contra el mismo, bien que mediante su expresa conformidad con el recurso de reposición de la parte contraria. Por lo que respecta a la Junta de Andalucía, no recurrió en reposición ni presentó alegaciones frente al recurso de reposición, pero tampoco esto es indicativo de una reprochable aquiescencia ante lo decidido por la Sala, pues la sentencia se notificó cuando aún no se había agotado el plazo para formular alegaciones sobre el recurso de reposición, y en todo caso su silencio ante el recurso de reposición bien podría entenderse una vez más como una forma de apuntar implícitamente su conformidad con el mismo.

Decimosexto.

Superados los posible óbices formales para la estimación del motivo, debemos concluir que se aprecian graves y evidentes defectos de forma en el cambio de Sección. Como antes se ha señalado, el pleito se venía siguiendo en la Sección 1ª, y en ella había concluido ya su tramitación. Sin ningún tipo de formalidad procesal, la Sección 3ª procedió a dictar providencia, mediante la que se autoatribuye, sin mayores argumentos o motivación, la competencia para su enjuiciamiento (desapoderando así a la Sección 1ª del mismo) y además fija fecha para el señalamiento.

Parece evidente concluir que lo correcto hubiera sido que la Sección 1ª acordara, mediante la oportuna resolución, la remisión de las actuaciones a la Sección 3ª de acuerdo con las normas de reparto, y que la Sección 3ª las tuviera por recibidas y dispusiera la continuación del procedimiento por sus trámites procedentes; pero no resulta conforme a derecho un cambio de Sección que se produce de facto.

En segundo lugar, la Sección 3ª de la Sala deliberó y votó el asunto antes de notificar a las partes el cambio de Sección. Lo procedente hubiera sido notificar a las partes dicho cambio de Sección, por supuesto debidamente motivado, antes de continuar con su tramitación, esto es, antes de que la deliberación se produzca. De otro modo, se impide a las partes discutir eficazmente en la propia instancia ese cambio de Sección, al frustrar la posibilidad de que planteen su desacuerdo con tal proceder o haciendo ineficaz cualquier reacción procesal por su parte.



www.civil-mercantil.com

Por si este conjunto de irregularidades no fuera suficiente, ocurre que la Sección 3ª carecía de competencia para asumir la deliberación y fallo del litigio, de acuerdo con las normas de reparto de la Sala. Si, en efecto, atendemos a las normas de reparto que menciona la providencia de 24 de febrero de 2014, publicadas en el BOE de 30 de mayo de 2011, comprobamos que, ciertamente, en ellas se establece que a la Sección 3ª de la Sala se le atribuye la competencia para conocer de las materias de urbanismo, ordenación del territorio y medio ambiente. Ahora bien, el apartado IV, intitulado "entrada en aplicación y régimen transitorio", establecía literalmente lo siguiente:

" Las anteriores normas de distribución de asuntos regirán a partir del 1 de enero de 2011. Respecto a los registrados anteriormente, continuará conociendo la Sección a la que hubieren sido turnados . No obstante lo anterior, los asuntos de expropiación forzosa que no hayan sido objeto de señalamiento para deliberación, votación y fallo a fecha de 1 de enero de 2011 y que se hubieren registrado a partir del 1 de enero de 2004 pasarán al conocimiento de la Sección Primera, dada la menor tasa de pendencia y congestión que presenta esta Sección, y ello con el fin de posibilitar su resolución en el menor plazo posible, por considerarse prioritaria la resolución de esta clase de asuntos por la Sala atendida su naturaleza, de conformidad con el artículo 63.1.º de la LJCA . "

Como quiera que el recurso de instancia había sido interpuesto el día 23 de mayo de 2008, es claro que por aplicación de esta regla que se acaba de transcribir, debió culminar su tramitación en la Sección a la que había sido turnado, que era la 1ª.

No se desvirtúa esta conclusión por lo establecido en la regla tercera del apartado III de las mismas normas de reparto, que al hilo de las "reglas para la aplicación de las normas de reparto" dispone que " En los primeros meses de cada año y con el fin de compensar posibles disfunciones en los tipos de asuntos turnados a cada Sección y dentro de esta a cada Magistrado, se podrán redistribuir los asuntos entre las mismas "; pues lo cierto es que la providencia de 24 de febrero de 2014 nada dice en este sentido ni se ha dado la menor explicación sobre la concurrencia de eventuales disfunciones que pudieran haber justificado la aplicación de esta regla.

Decimoséptimo.

Esta Sala y Sección debe dejar constancia de lo incorrecto del proceder de la Sala de instancia en la tramitación de este procedimiento, dado que junto a las dilaciones que hemos dejado expuestas, se produce un clamoroso incumplimiento de los mínimos requisitos de forma necesarios para que se produzca el cambio de Sección, al margen de que tal modificación supuso una palmaria contravención de las normas de reparto vigentes.

Siendo esto así, según el art. 95.2 c) de la Ley de la jurisdicción "De estimarse la existencia de las infracciones procesales mencionadas en el motivo del artículo 88.1.c), se mandarón reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, salvo si la infracción consistiera en vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la siguiente letra d)".

No obstante, dado que lo denunciado por las partes es, coincidentemente, la violación del derecho al juez predeterminado por la ley y la ausencia de notificación del cambio de sección, debemos analizar si, pese a la constatación de las irregularidades procesales que han quedado expuestas, concurren o no las infracciones denunciadas, causando indefensión a las partes recurrentes.



www.civil-mercantil.com

Decimoctavo.

Como hemos señalado, entre otras, en nuestra sentencia de 16 de mayo de 2001 "Las normas de reparto son disposiciones públicas, aunque de carácter interno que no tienen por finalidad establecer la competencia, lo que corresponde a las Leyes procesales, sino regular la distribución de trabajo entre órganos jurisdiccionales que tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional, por lo que la eventual infracción de las mismas no da lugar sin más exigencias a la vulneración de ningún derecho fundamental". Y el Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado, que, desde la STC 47/1983, ha quedado establecido que lo que exige el art. 24.2. CE, en cuanto consagra el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley, es que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 23/1986, de 14 de febrero, 148/1987, de 28 de septiembre, 138/1991, de 20 de junio, 307/1993, de 25 de octubre y 191/1996, de 26 de noviembre). Por ello, en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, no se refieren al mencionado derecho (STC núm. 170/2000, de 26 de junio).

Igualmente se ha mantenido que, en cuanto al contenido del derecho al juez ordinario predeterminado, ha sido constante la doctrina que excluye del mismo, en principio, los aspectos relativos a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales y a la integración personal de los mismos, aunque, respecto a esto, se haya dicho que no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a los últimos en su situación personal (STC 69/2001).

Por fin en la Sentencia 32/2004, de 8 de marzo de 2004 (BOE núm. 83, de 6 de abril de 2004), razona el tribunal constitucional que: "Todavía en relación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, debe considerarse la alegación de indefensión de la recurrente, provocada por el hecho de que no se le notificara ni la Sección que iba a conocer del recurso de apelación ni el Magistrado Ponente. Esta circunstancia le impidió, según opinión del recurrente, ejercer determinados derechos de defensa. A este respecto, ha de señalarse, antes que nada, que es cierto que la Audiencia infringió lo dispuesto en el art. 203 LOPJ, ya que en la tramitación del recurso no notificó a la recurrente la composición de la Sala ni el nombre del Ponente. Ahora bien, para que una infracción de normas procesales alcance relieve constitucional, por afectar al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión, se requiere que la imposibilidad de alegar y probar los propios derechos e intereses y rebatir las alegaciones de contrario, haya producido un "real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida defender sus derechos e intereses" (STC 6/1999, de 8 de febrero, FJ 3), lo que no se produce en el presente caso al no haber causa de abstención o recusación y al no haberse infringido, como se ha examinado, el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley".

A la vista de cuanto hemos dejado expuesto, podemos concluir que la tramitación procesal ha sido efectivamente defectuosa, pero habiendo supuesto un mero cambio de Sección dentro de una misma Sala y no constando causas que pusieran en cuestión de la imparcialidad de sus integrantes, no puede sostenerse que haya generado una indefensión que justifique una medida tan perturbadora como la devolución de las actuaciones a la Sala de instancia.



www.civil-mercantil.com

Decimonoveno.

La entidad "Greenpeace" comienza la exposición de los motivos formalizados al amparo del artículo 88.1.d) denunciando, en el primer submotivo, la infracción del principio de cosa juzgada (con cita del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), así como la inseguridad jurídica que se crea por haberse modificado en sentido opuesto la misma disposición general que ya había sido modificada por sentencia firme de la propia Sala de Granada de 11 de junio de 2012. Denuncia también la vulneración de la jurisprudencia relativa a los efectos de las sentencias firmes que declaren la invalidez de disposiciones generales, con mención de sentencias concretas de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo. El submotivo segundo, en evidente relación con el primero, denuncia la infracción de los principios de igualdad y de legalidad por haber contradicho la sentencia de instancia lo declarado en sentencias anteriores firmes sobre el mismo objeto.

Por su parte, la Junta de Andalucía denuncia también, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 LJCA, en el motivo segundo de casación la infracción del principio de cosa juzgada formal y material, con infracción de los arts. 222, 400.2 y 207 LEC, art. 72.2 LJCA, y 24 CE, así como del art. 9.3 CE, por oponerse la sentencia de instancia a lo dicho en una sentencia firme sobre el mismo objeto. Añade que habiendo previa sentencia firme anulatoria de la misma disposición impugnada, el segundo pleito había perdido su objeto, de acuerdo con la jurisprudencia que cita.

Vigésimo.

El principio de cosa juzgada viene recogido con carácter general en el artículo 9.3 de la Constitución cuando dispone que la misma «garantiza» junto al principio de legalidad, el de jerarquía de las normas, su publicidad, etc., también «la seguridad jurídica». Y ha sido reiteradamente analizado por el Tribunal Constitucional para llegar a un concepto del mismo que la STC 234/2012, de 13 de diciembre, con cita de la STC 136/2011, de 13 de septiembre, según el cual este principio debe entenderse como «la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STS 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo FJ 4)»; habiendo recalcado igualmente la importancia de este principio al señalar cómo «sin seguridad jurídica no hay Estado de Derecho digno de ese nombre», pues «es la razonable previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas de acuerdo con el ordenamiento y su aplicación por los tribunales, la que permite a los ciudadanos gozar de una tranquila convivencia y garantiza la paz social y el desarrollo económico».

Sentada la trascendencia de la seguridad jurídica y sobre la peculiaridad de la cosa juzgada en nuestro proceso contencioso administrativo no está de más recordar que "Ello, sin perjuicio de las peculiaridades que en el proceso contencioso-administrativo derivan del objeto de la pretensión y que hace que sea un específico elemento identificador de la cosa juzgada el acto administrativo (la actuación de la Administración) o la disposición objeto de las pretensiones impugnatorias..(...) Así esta Sala ha señalado: «la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar



www.civil-mercantil.com

a la misma solución antecedente » (STS de 10 nov. 1982 ; cfr., asimismo, SSTs de 28 ene. 1985 , 30 oct. 1985 y 23 mar. 1987 , 15 de marzo de 1999 , 5 de febrero y 17 de diciembre de 2001 y 23 de septiembre de 2002 , entre otras)".

Vigesimo primero.

Es cierto que entre los dos procedimientos resueltos por la sala de Granada no existe la identidad subjetiva, que según jurisprudencia consolidada, debe concurrir para que pueda apreciarse la cosa juzgada porque los litigantes no coinciden exactamente en uno y otro proceso ni era idéntica su posición procesal, pero ello no obstante, por mucho que no exista cosa juzgada, subsiste la apreciación de que el principio de seguridad jurídica, así como el de efectividad de la tutela judicial, impide pasar por alto lo dicho en una sentencia firme que ha declarado la nulidad de una disposición reglamentaria y ha señalado cuál ha de ser la ordenación adecuada a Derecho para el ámbito contemplado. Así lo ha declarado esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en una doctrina jurisprudencial reiterada y uniforme, de la que la Sala de instancia ha prescindido sin razonarlo.

Viene, en este sentido, al caso recordar de lo que sostuvimos en nuestra sentencia de 18 de julio de 2012, recaída también en uno de los múltiples litigios seguidos en relación con el Hotel "El Algarrobico": "esta misma Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de fechas 10 de junio de 2000 (recurso de casación 919/1996 , fundamento jurídico quinto), 29 de junio de 2002 (recurso de casación 1635/1998 , fundamento jurídico segundo), 2 de diciembre de 2003 (recursos de casación 7365/1999, fundamento jurídico segundo y 8074/1999, fundamento jurídico segundo), y 17 de mayo de 2006 (recurso de casación 1530/2003 , fundamento jurídico tercero), que los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal impiden desconocer o reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme, efecto que no sólo se produciría con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades de la cosa juzgada, sino también cuando se elude lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan una estrecha dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto de la cosa juzgada (Sentencias del Tribunal Constitucional 182/1994 , 171/1991 , 207/1989 ó 58/1988). No se trata, decíamos en aquellas sentencias, de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo ganado firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores ni reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, tal como se consagra en el artículo 24.1 de la Constitución , de suerte que éste es también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución judicial firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto. No estamos, por tanto, ante una controversia basada en autoridad de cosa juzgada sino frente a un conflicto al que la jurisdicción ha dado una respuesta, que no cabe desconocer ahora, de modo que todas las razones y argumentos, ya expresados para solucionarlo, han de ser reproducidos en cuanto guarden relación con los esgrimidos en este recurso de casación".

No es, desde luego, explicación suficiente a este respecto lo dicho por el Tribunal a quo en el sentido de que una y otra sentencia se han dictado por Secciones diferentes del mismo Tribunal, pues ese dato (prescindiendo ahora de la irregularidad apreciada en el cambio de Sección) resulta irrelevante para justificar cómo puede prescindirse sin más de una sentencia ya firme que ha fijado de forma definitiva la ordenación procedente para el espacio concernido.



www.civil-mercantil.com

En definitiva, el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia. Por otra parte, el propio TC ha extendido la garantía de la cosa juzgada más allá de los estrictos límites en que era concebida por los artículos 1252 y concordantes de la LEC de 1882 al señalar, que el mismo efecto «puede producirse no solo en los supuestos en que concurran las identidades propias de la cosa juzgada formal, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una resolución firme en el marco de procesos que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia» (SSTC 219/2000, de 18 de septiembre , 151/2001, de 2 de julio , entre otras), como también es cierto que ha dicho que «la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen ratio decidendi de la resolución, aunque no se trasladen al fallo (STC 15/2006, de 16 de enero , FJ 6) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan determinantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre , FG 5)».

Vigésimo segundo.

Aplicando la doctrina expuesta al presente caso, podemos concluir que la sentencia que estamos analizando, se ha apartado conscientemente de lo resuelto de forma definitiva y firme por una sentencia anterior de la misma Sala de 11 de junio de 2011, siendo de destacar cómo, en la referida sentencia, la disposición objeto del recurso era la misma que ahora ha sido objeto de enjuiciamiento, siendo idéntica la pretensión ejercitada, en cuanto dirigida a concretar la correcta zonificación que había de corresponder al ST1 "El Algarrobico", por mucho que los recurrentes discrepasen en cuanto a tal determinación. Pero no es que coincidan tan sólo el objeto y la pretensión, sino que, además, el proceso seguido por ambas sentencias para alcanzar sus respectivas conclusiones ha sido similar, dado que ambas parten del análisis de la zonificación asignada a los terrenos en 1994, si bien se alcanzan decisiones contradictorias, lo que delata que, la segunda sentencia no sólo se aparta de lo resuelto con carácter firme en la primera, sino que contradice expresamente sus pronunciamientos, llegando a la conclusión de que los terrenos, por su condición de suelo urbanizable en el planeamiento municipal, debieron incluirse en la zona D2, algo que la sentencia de 2012, había rechazado de forma expresa, al señalar en el último párrafo de su Fundamento séptimo que esa opción no podía ni siquiera plantearse.

Es importante destacar que la sentencia del año 2012, al adquirir firmeza, fue objeto de la oportuna ejecución, en los términos previstos en el art. 72.2 de la LJCA , cuando establece que: "Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada", siendo así que tal publicación, que fijaba la zonificación de los terrenos en 1994 como C1 y anulaba la zonificación como C3 del PORN de 2008, fue objeto de publicación en el BOJA de fecha 6 de noviembre de 2012.

Por las razones expuestas la sentencia recurrida debe ser casada, por lo que situados en la posición que nos coloca el artículo 95.2.c) y d) de nuestra Ley Jurisdiccional , como Sala de instancia, nos corresponde, seguidamente, resolver dentro de los términos en que aparece planteado el debate en la instancia.



www.civil-mercantil.com

Vigésimo tercero.

Enfrentados al debate planteado en la instancia, debemos poner de relieve que en el presente procedimiento, por parte de la mercantil recurrente, se planteó la impugnación de la zonificación, no sólo de los terrenos integrantes de la ST1, por mucho que sea la cuestión que mayor atención acapara en la instancia, sino también acerca de los terrenos de la ST2 que se incluyen en las zonas B1 "áreas naturales de interés general" y B2 "áreas naturales con usos tradicionales".

Siendo esto así vamos a proceder a analizar ambas cuestiones por separado, haciendo referencia en primer lugar a los terrenos del "Algarrobico".

Vigésimo cuarto.

En coherencia con lo que hemos razonado para estimar el recurso, esta Sala debe partir de lo fallado con carácter firme por la sentencia de 11 de junio de 2012 y, en consecuencia, procede concluir que los terrenos que comprenden el ST1 deben estar incluidos en la zona C1 del Parque Natural, zonificación que era la existente en el PORN de 1994, al haberse declarado la nulidad de la zonificación como C3 contenida en el PORN de 2008.

Esta mera operación, acorde con el principio de seguridad jurídica y respetuosa con las declaraciones contenidas en una sentencia firme recaída sobre idéntico objeto, resulta argumento suficiente para haber desestimado el recurso en la instancia, no obstante y con ánimo de dotar a la presente sentencia de la nota de exhaustividad normativamente exigida, vamos a analizar los distintos argumentos utilizados por la sentencia de instancia, avanzando nuestra disconformidad con los mismos.

Vigesimo quinto.

Como hemos dejado expuesto en anteriores fundamentos, la principal argumentación para considerar que la zonificación en 2008, debía ser D2, es partir de la consideración de que tal era la zonificación de origen en el PORN de 1994, sin embargo no podemos compartir tal conclusión.

Tanto la sentencia de 2012 como la que es objeto del presente recurso afirman que en la planimetría del PORN de 1994 los terrenos litigiosos estaban incluidos en la zona C1 (por mucho que la escala del plano en la publicación del plan planteara problemas y generara confusión), de la misma forma que admiten que dichos planos fueron objeto de una denominada "corrección de errores" en 1997, pasando a ser zona D2.

La sentencia recurrida, argumenta que lo acontecido se limita a la existencia de una antinomia entre el texto del plan y su grafía, de forma tal que, ante tal divergencia, habrá de acudirse al texto del plan. Dicho argumento sería irreprochable si estuviera acreditado su fundamento base, esto es la existencia de tal antinomia, sin embargo, la misma dista mucho de haber quedado acreditada.

En efecto, basta una lectura del contenido del PORN de 1994, para comprobar que en su texto no se contempla ninguna operación de asignación de zonificación a concretos y determinados ámbitos espaciales, limitándose a establecer (art. 238) diferentes tipos de zonas, estableciendo sus características y sus criterios de ordenación, de forma tal que la concreta asignación a cada terreno de la zonificación correspondiente sólo aparece reflejada en los planos, lo que impide que pueda hablarse de esa antinomia, siendo de destacar como, por el contrario, en el PORN de 2008, tal asignación de zona a los terrenos litigiosos sí que se realiza en las normas del plan, en cuanto en su apartado 4.2.3.3, referido a las Zonas C3, "Núcleos



www.civil-mercantil.com

habitados existentes y otras zonas transformadas", se hace referencia explícita a "Otras áreas degradadas por la intervención humana", entre las que se incluye el sector ST-1 (SUE R5 en las NNSS de Carboneras 1988), denominado Algarrobo.

Vigésimo sexto.

La sentencia recurrida realiza un destacado esfuerzo argumentativo para tratar de demostrar que, en todo caso, la zona que debió asignarse a los terrenos litigiosos era la D2, utilizando para ello distintos argumentos.

La sentencia analiza la definición de las zonas D en el PORN y en el art. 2 del PRUG, definición que textualmente afirma que "Se consideran así aquellos espacios que, clasificados por el planeamiento municipal vigente como tales, no presentan contradicción alguna con los objetivos de conservación del Parque Natural. Esto es, no afecten al patrimonio cultural del Parque Natural o prevean usos que se consideren incompatibles, como los industriales. Desde una óptica espacial, estas áreas se localizan actualmente, en espera de la reglamentaria adecuación del planeamiento urbanístico municipal vigente, junto a los núcleos de población de San José, El Pozo de los Frailes, Rodalquilar, Las Negras y Agua Amarga".

Resulta obvio que esta definición delimita de forma clara los ámbitos espaciales donde se encuentran ubicados dichos terrenos urbanizables, no constando referencia alguna al ámbito objeto de litigio, sin embargo, la sentencia de instancia, "en aras a la seguridad jurídica", considera tal enumeración meramente ejemplificativa, lo que supone concluir que tal zonificación resultaría la ajustada a cualquier espacio comprendido dentro del Parque que, conforme al planeamiento municipal, tuviera la clasificación de urbanizable, dado que tal conclusión sería la única acorde con el principio de igualdad.

Ese razonamiento y las conclusiones que se extraen del texto de la norma no pueden compartirse. En primer lugar el texto es suficientemente claro, dado que la voluntad del planificador aparece como suficientemente clara y explícita. En segundo lugar no puede admitirse una interpretación extensiva de una norma de protección ambiental para lograr la desprotección de determinados espacios no previstos expresamente, por cuanto tal interpretación se revela contraria a los propios objetivos y naturaleza del plan. Por último, la conclusión alcanzada parece basarse, como ocurre con otros argumentos que se deslizan en la sentencia recurrida, en una incorrecta comprensión de la relación existente entre los instrumentos de ordenación ambiental y los planeamientos municipales.

Esa relación se contempla en el Art. 5 de la Ley 4/89, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre que establece:

"1. Los efectos de los Planes de ordenación de los recursos naturales tendrán el alcance que establezcan sus propias normas de aprobación.

2. Los Planes de ordenación de los recursos naturales a que se refiere el artículo anterior serán obligatorios y ejecutivos en las materias reguladas por la presente Ley, constituyendo sus disposiciones un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, cuyas determinaciones no podrán alterar o modificar dichas disposiciones. Los instrumentos de ordenación territorial o física existentes que resulten contradictorios con los Planes de ordenación de los recursos naturales deberán adaptarse a éstos. Entre tanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los Planes de ordenación de los recursos naturales se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre los instrumentos de ordenación territorial o física existentes.

3. Asimismo, los citados Planes tendrán carácter indicativo respecto de cualesquiera otras actuaciones, Planes o programas sectoriales y sus determinaciones se aplicarán subsidiariamente, sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior."

Elo implica no solo una superioridad del planeamiento medioambiental sobre el urbanístico (reflejo de la preponderancia de los valores medioambientales sobre los de mera ordenación del territorio, como ha reconocido la jurisprudencia, así Sentencia del Tribunal Constitucional 102/95, de 26 de junio y Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989), sino el que el planeamiento urbanístico ha de adaptarse a lo establecido en el planeamiento medioambiental.

Tal conclusión no puede ponerse en cuestión, como hace la sentencia de instancia, por el hecho de que tal labor de adaptación o incluso la suspensión de los efectos del plan municipal no se haya llevado a cabo. En efecto, la sentencia de instancia razona que "la concordancia entre la zonificación D2 y la clasificación de urbanizable del suelo del Sector ST-1 de Carboneras quedó de manifiesto cuando la Administración no procedió a iniciar ninguno de los procedimientos de revisión de los Planes Urbanísticos de Carboneras, ni ordenó la suspensión de dichos planes como tendría que haber hecho de entender que dicha clasificación de urbanizable era discordante con la zonificación urbanística", de forma tal que hace derivar de la inacción administrativa, la desprotección de determinados ámbitos incluidos en el instrumento de ordenación para la protección de los recursos naturales.

Vigésimo séptimo.

La sentencia de instancia elude entrar a analizar la "corrección de errores" llevada a cabo en 1997 y que la sentencia de 2012, reputa de "mecanismo burdo", si bien admite su existencia para sacar de ella una serie de conclusiones.

Conviene recordar, por su aplicación al presente caso, que en nuestra sentencia de 2 de abril de 2009 (recurso 11.438/04), dejamos sentado lo siguiente:"El planteamiento de la recurrente no puede prosperar pues el pretendido error material se basa en la afirmación de que existe disparidad entre el texto escrito de la normativa y el grafiado del plano 30 de las Normas Subsidiarias, pero, como acertadamente señala la sentencia recurrida, cuyos razonamientos asumimos, esa disparidad que se alega está lejos de resultar evidente y palmaria de la mera contemplación de ambas determinaciones, la gráfica y la escrita, y para su constatación se precisaría de una prueba técnico-arquitectónica que la pusiese de manifiesto. En definitiva, la disparidad que se alega habría podido esgrimirse como un argumento para la impugnación de las Normas Subsidiarias, pero de ninguna manera cabe sostener que constituya un simple error material como pretende la recurrente.

De igual modo, consideramos acertado el razonamiento que expone la Sala de instancia para señalar que la existencia de un error material susceptible de subsanación al amparo de lo previsto en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992 debe derivarse de forma ostensible y notoria del propio expediente en el que se dicta el acto que se reputa erróneo, sin que puede sustentarse el error en posibles discrepancias con los datos relativos a otra actuación administrativa y contenidos en otro expediente."

En el presente caso, como venimos razonando, ninguno de tales requisitos concurría, por lo que ninguna consecuencia puede extraerse de una modificación de los planos del PORN de 1994, que se realiza en contra del previsto en el ordenamiento jurídico.

Vigésimoctavo.

Siguiendo con los argumentos de la sentencia de instancia, se alude a la incidencia sobre el derecho de propiedad y a la efectividad de los derechos urbanísticos adquiridos con



www.civil-mercantil.com

anterioridad a la aprobación del plan, al tiempo que se pone de relieve que el PORN de 1994 no contemplaba medidas expropiatorias o indemnizatorias.

Baste recordar que la Ley 4/1989 de 27 de marzo de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, en su artículo 13.2 permite que en los Parques Naturales se pueda limitar el aprovechamiento de los recursos naturales, prohibiéndose las actividades que sean incompatibles con las finalidades que hayan justificado su creación y que, en todo caso, la cuestión de las posibles compensaciones a los propietarios, resulta ser una cuestión que habrá de dilucidarse por sus cauces propios, pero no puede suponer que los terrenos queden privados de protección hasta que la compensación, si resulta procedente, se consume.

En este sentido la STC 102/1995, de 26 de junio, declaró el carácter básico de tal precepto porque "El régimen jurídico también homogéneo, así perfilado, sirve de mínimo común denominador a la finalidad de asegurar el disfrute por todos del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Con el deber correlativo de conservarlo, como reflejo de la solidaridad colectiva (artículos 149.1.23.ª en relación con el 45 CE). Por ello, conviene la calificación de básicas a las limitaciones para el aprovechamiento o explotación de los recursos, potestativas en los Parques y preceptivas, imperativas o compulsivas en las Reservas, con la prohibición de los usos incompatibles con las finalidades determinantes de su creación o la autorización de los compatibles con la conservación de valores cuya protección se pretende, en un planteamiento inverso según se trate de aquéllos o de éstas (artículos 13.2 y 14.2)".

En definitiva, un PORN puede reducir o suprimir aprovechamientos previamente conferidos en los planes urbanísticos.

Vigésimo noveno.

Para concluir debemos examinar si una zonificación como la reconocida (D2) afecta o no a los valores medio ambientales que se trata de proteger, esto es si concurre el requisito adicional, consistente en que su desarrollo urbanístico "se considere posible siempre que se determine su no afección a los hábitats naturales y las especies que motivaron la inclusión de este espacio natural en la red Natura 2000", requisito sustancialmente coincidente con la redacción del art 238 del PORN de 1994 en cuanto que condiciona el respeto a los derechos urbanísticos existentes a la no afección a los valores propios del Parque.

La sentencia utiliza el siguiente argumento para negar cualquier afección ambiental: "Atendidos los términos de impugnación y en cuanto la argumentación sustancial del recurso incide sobre la situación de los terrenos como urbanizables de conformidad con el planeamiento municipal atendida la ausencia de justificación de la Administración para alterar la zonificación de los terrenos, debe accederse a lo solicitado pues por un lado resulta acreditada de forma incontrovertida la situación de los terrenos como urbanizables en las NNSS de Carboneras el PORN y por otro en orden a la no afección de los valores que justifican la inclusión del Parque natural en la Red Natura 2000 debe considerarse la que la misma zonificación como zona D2 en el PORN de 1994 supone tal ausencia de afección pues si los valores propios del Parque no resultaban afectados entonces y son esos mismos valores los que justifican la inclusión de los terrenos en la Red natura 2000 la conclusión no puede ser otra que la inafección de estos últimos. Por otra parte, la condición impuesta al desarrollo urbanístico efectivo, en el sentido de que "...se determine su no afección a los hábitats naturales y las especies que motivaron la inclusión de este espacio natural en la red Natura 2000" constituye una garantía más que suficiente."



www.civil-mercantil.com

Trigésimo.

Después de lo hasta aquí razonado, no puede seguir sosteniéndose que la zonificación de 2008, se funda en la preexistente en 1994, dado que hemos concluido que tal zonificación era C1, conclusión que justificaría aplicar, por el contrario el denominado principio de "no regresión". En efecto, este Tribunal Supremo ha acogido y confirmado la doctrina de la necesidad de una especial justificación de aquellas actuaciones que impliquen una desprotección ambiental del suelo. Así la sentencia de 29 de marzo de 2012, recuerda en su FD 7.º "que el principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos".

A mayor abundamiento, resultaría exigible un especial rigor y motivación para justificar la desprotección de unos terrenos que, como las propias sentencias recogen, están declarados" como zona de especial protección para aves -ZEPA- (en octubre de 1989), como lugar de interés comunitario -LIC- (en enero de 1998), integrante de la Red Natura 2000 (en 2007), de la Reserva de la Biosfera (en 1997) y del Humedal RAMSAR (en 1991), así como zona especial de protección del mediterráneo -ZEPIME-".

Trigésimo primero.

Por su indudable aplicación al presente caso, concluimos con la cita de la sentencia de esta Sala y Sección de 13 de noviembre de 2009, rec. 3511/2005 (cuyos argumentos se reproducen en Sentencia 19 de noviembre de 2010, recurso nº 5535/2006) cuando afirma que: "Hemos de partir, en este sentido, de la incardinación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales aprobado por el Decreto 26/1999 dentro de la normativa estatal básica vigente en aquel momento, la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres (hoy sustituida por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad), que configuraba tales PORN sobre la base de dos premisas básicas:

1ª. Son "Instrumento de planificación" para "adecuar la gestión de los recursos naturales y en especial de los espacios naturales y de las especies a proteger a los principios inspiradores señalados en el artículo 2 de la Ley" (artículo 4).

2ª. Tienen prevalencia sobre cualquier otro instrumento de ordenación territorial, incluida la planificación urbanística, que no podrá contener determinaciones contrarias a los PORN (artículo 5).

Partiendo de estas dos premisas, el hecho de que los terrenos litigiosos hubieran adquirido con anterioridad la clasificación urbanística de suelo urbanizable no era un obstáculo insalvable a la hora de incluir esos terrenos en el ámbito del PORN, por mucho que eso se hubiera producido a consecuencia de una sentencia firme. Dicho de otra manera, la pendencia judicial sobre la clasificación urbanística prevista para aquellos terrenos por las Normas Subsidiarias -NNSS- de Planeamiento únicamente podía surtir efectos en el ámbito en el que dicha controversia se produjo, el urbanístico, y respecto de la actuación administrativa entonces recurrida, la aprobación de las NNSS, pero dejaba indemne el posterior ejercicio de las potestades-deberes otorgadas por la Ley a la Administración Medio Ambiental, materializadas en la tramitación y aprobación del PORN y en el superior rango jerárquico de



www.civil-mercantil.com

éste respecto de la planificación urbanística. (Valga esta respuesta al argumento que se utiliza en la demanda acerca de la infracción de las normas sobre ejecución de sentencias).

Y, hemos de añadir, la inclusión de esos terrenos en el PORN no fue casual, inadvertida o fruto de un error material. Al contrario, fue plenamente consciente y querida por la Administración autonómica, como se demuestra por los documentos que la misma demandante adjuntó a su demanda, que acreditan que la interesada se dirigió a la Administración reclamando la exclusión de su finca del ámbito del PORN, a lo que contestó la Administración resaltando los valores ambientales de la finca y confirmando expresamente su inclusión dentro del ámbito protegido (documentos nº 5 y 6 adjuntos a la demanda).

En efecto, la Administración había incluido inicialmente los terrenos litigiosos en el ámbito territorial del PORN en atención a sus características naturales, por la existencia de valores y elementos dignos de especial protección, al margen de su clasificación urbanística, y fue durante el trámite de información pública previa a la aprobación del PORN cuando la entidad "Urbatorre SA" presentó, en concreto el 12 de mayo de 1998, una alegación en contra de dicha inclusión, insistiendo en la clasificación urbanística de la finca como suelo urbanizable con base en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la clasificación de los terrenos como suelo no urbanizable, había declarado que debían clasificarse como urbanizable. Esta alegación fue objeto de informe-propuesta por el Director General del Medio Natural, integrado en la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, con fecha 30 septiembre de 1998, en el que, tras analizar el conflicto entre el planeamiento urbanístico y las expectativas de construcción de 200 viviendas y su inclusión en el PORN, concluyó proponiendo la desestimación de la alegación, manteniendo la inclusión de la finca en el PORN y dentro de éste, en la Zona de Máxima Protección, porque en esos terrenos, se decía, " se sitúan los espacios de mayor valor ambiental, que constituyen los ecosistemas mejor conservados dentro del ámbito de la ordenación propuesta ".

Fueron, en definitiva, las características naturales de los terrenos (no negadas por la mercantil recurrente en la instancia al no solicitar prueba pericial o de otro tipo, para desvirtuar el valor natural de los terrenos apreciado por la Administración), las que determinaron su legítima inclusión en el PORN y, con ella, el régimen de protección en éste previsto.

Desde esta perspectiva, se relativiza y pierde vigor la aparente incoherencia que existe entre el contenido material del PORN delimitado en su texto y la frase de la "memoria" sobre la limitación del Plan al suelo no urbanizable y la exclusión del urbanizable. En todo caso, esa contradicción o incoherencia interna sólo podía resolverse y clarificarse mediante el examen del problema sustantivo, es decir, de la concurrencia o no de características naturales en los terrenos dignas de protección para su inclusión en el PORN, con independencia de las resoluciones judiciales sobre la clasificación urbanística de los terrenos, pues esa clasificación debía ceder ante el PORN, y no al contrario, como parece no asumir la sentencia en la medida en que el fundamento de derecho sexto antes transcrito declara la reserva de la competencia municipal para, en ejercicio del iusvariandi, y " para el caso que estime concurrentes en la parcela objeto del presente procedimiento especiales valores merecedores de especial protección, proceda a alterar la clasificación de la finca ", con olvido de que el PORN prevalece sobre el planeamiento urbanístico y no al revés.

En consecuencia, mediante una interpretación equivocada de una frase de la Memoria (que obvia la existencia de valores medio ambientales en la finca), la Sala de instancia ha dado prevalencia a la mera clasificación formal urbanística de la finca sobre sus valores sustantivos, alterando así e infringiendo lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley estatal 4/89, de 27 de Marzo.



www.civil-mercantil.com

Atendiendo, por tanto, a la existencia de tales valores naturales, no rebatida ni desvirtuada en la instancia, resulta ociosa la hipótesis que indica la sentencia sobre la causa del error en la que, a juicio de la Sala, incurre la documentación gráfica del PORN (hipótesis que descansa en el argumento de que la inclusión de la finca en la documentación gráfica del PORN se debió a su clasificación formal en las Normas Subsidiarias como suelo no urbanizable, cuando debió ser urbanizable, como confirmaron posteriormente las resoluciones judiciales, de forma tal que si su clasificación formal hubiera sido la de urbanizable no se hubieran incluido en el PORN), pues tal hipótesis resulta contradicha por la existencia de valores de especial protección en los terrenos y por el hecho de que la Administración los incluyó en el ámbito del PORN de forma plenamente consciente" .

Trigésimo segundo.

La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto conlleva que no formulemos expresa condena al pago de las costas causadas en el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la LRJCA , sin que, por otra parte, existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes, conforme a lo dispuesto en los artículos 68.2 , 95.3 y 139.1 de la misma Ley .

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY,

por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido

FALLAMOS

1º) Ha lugar al recurso de casación número 1947/2014, formulado por la Junta de Andalucía y la Asociación Greenpeace España, contra la sentencia de fecha veintiuno de marzo de dos mil catorce, dictada por la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso 1295/2008 , sostenido contra el Decreto 37/08, de 5 de febrero, por el cual se aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata- Níjar, en lo que afecta al sector ST-1 denominado "El Algarrobo" que se incluye en la zona C3. y ST-2, ambos sectores de las NNSS de Carboneras.

2º) Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 1295/2008, interpuesto por Azata Patrimonio, S.L., contra el Decreto 37/08, de 5 de febrero, por el cual se aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, en lo que afecta al sector ST-1 denominado "El Algarrobo" que se incluye en la zona C3, y ST-2, ambos sectores de las NNSS de Carboneras.

3º) Sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la colección legislativa del Consejo General del Poder Judicial, lo pronunciamos, mandamos y firmamos



www.civil-mercantil.com

Rafael Fernández Valverde, José Juan Suay Rincón, César Tolosa Tribiño,
Francisco José Navarro Sanchís, Jesús Ernesto Peces Morate, Mariano de Oro Pulido
y López.

PUBLICACION.- Lefda y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr.
Magistrado Ponente, D. César Tolosa Tribiño, estando la Sala reunida en audiencia publica, lo
que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el
Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior,
introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones
análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información
original remitida por el CENDOJ.