

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN ANDALUCÍA

LORENZO MELLADO RUIZ

Profesor titular de Derecho Administrativo

Universidad de Almería

Sumario: 1. Criterios de jerarquización normativa entre los PORN y los planes urbanísticos y límites de la “colaboración reglamentaria” en materia de ordenación de espacios naturales protegidos (STSJA de 17 de febrero de 2014, rec. 167/2011). 2. Imposibilidad de convalidar un vicio de incompetencia sancionadora (aparentemente de naturaleza jerárquica) causante de nulidad de pleno derecho (STSJA de 20 de febrero de 2014, rec. 619/2012). 3. Aplicación del principio de cautela en la utilización de productos fitosanitarios (STSJA de 3 de marzo de 2014, rec. 71/2010). 4. Modificación del planeamiento general de ordenación de los recursos naturales y nueva “zonificación” de áreas o sectores: la “realidad fáctica” como elemento reglado de la potestad de planeamiento (SSTSJA de 10 y 21 de marzo de 2014, recs. 1324/2008 y 1295/2008). 5. Inexistencia de daños efectivos por posibles pérdidas derivadas del cambio de calificación ambiental a través de la ordenación de recursos naturales (STSJA de 7 de abril de 2014, rec. 2160/2007). 6. ¿Puede el tañido de las campanas producir “contaminación acústica”? (STSJA de 12 de mayo de 2014, rec. 2520/2011). 7. Responsabilidad extracontractual por caso fortuito y concepto de “equipamientos” en los espacios naturales protegidos (STSJA de 19 de mayo de 2014, rec. 850/2009). 8. Impugnación de licencias frente a impugnación de la decisión sobre la revisión de oficio de las licencias concedidas: un nuevo episodio del culebrón de El Algarrobico (STSJA de 29 de julio de 2014, rec. 2026/2008).

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

1. Criterios de jerarquización normativa entre los PORN y los planes urbanísticos y límites de la “colaboración reglamentaria” en materia de ordenación de espacios naturales protegidos (STSJA de 17 de febrero de 2014, rec. 167/2011)

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Sevilla) de 17 de febrero de 2014, rec. 167/2011, viene a resolver la impugnación de diversos preceptos del Decreto 15/2011, de 1 de febrero, por el que se establece el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales y se aprueban medidas de agilización de procedimientos administrativos, y, en concreto, las posibilidades de aplicación transitoria de las previsiones urbanísticas relativas a parámetros de edificación y construcción contenidas en las normas generales de los PORN y los PRUG de los distintos parques naturales (DT 2.^a.1) y de habilitación gubernamental para el desarrollo de tales determinaciones (DF 14.^a).

Recuerda en primer lugar el TSJA que los PORN prevalecen, en virtud de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, sobre cualesquiera otros instrumentos normativos de ordenación del territorio, aunque será su normativa de desarrollo la que determinará realmente el alcance de tal prevalencia. Entre otros aspectos, es evidente que un PORN no puede contener una regulación

* Fuente: CENDOJ.

pormenorizada de todas las previsiones urbanísticas que afecten a las áreas naturales, por ejemplo en cuanto a los parámetros de edificación y las características constructivas. Por lo tanto:

— En aquello que sea “contenido propio o necesario” de los PORN, estos prevalecerán sobre los instrumentos de planificación territorial y urbanística.

— En lo que se exceda de tal reserva no será aplicable tal criterio de prevalencia internormativa.

En el caso planteado, el Decreto impugnado reservaba a los PORN la regulación de la zonificación y los usos del suelo de cada parque natural, debiendo necesariamente sujetarse a tales determinaciones cualquier instrumento urbanístico que afectara o se proyectara sobre tales espacios. Pero en relación con las previsiones urbanísticas relativas a dichos parámetros de edificación y características constructivas, el Decreto sí mantenía la competencia municipal para su aprobación, añadiéndose instrumentos de derecho transitorio para articular la adecuación de estas a las exigencias legales y reglamentarias superiores.

Entiende por ello el TSJA que no hay ilegalidad de la disposición transitoria impugnada: las previsiones urbanísticas relativas a parámetros de edificación y características constructivas de los PORN seguirán siendo eficaces, con aplicación prevalente a los planes urbanísticos, hasta tanto se cumplan las nuevas previsiones establecidas en esta, reteniendo en todo caso la Administración autonómica, mediante preceptivo informe favorable, la aprobación definitiva de las disposiciones que se contengan en el planeamiento correspondiente.

Y en cuanto a la posible “deslegalización” de las medidas específicas de ordenación, señala igualmente el TSJA que la facultad de adaptación de los PORN a los correspondientes instrumentos normativos atribuida al consejero correspondiente en la materia tampoco supone el ejercicio de potestad reglamentaria alguna, menos aún de carácter arbitrario o asimétrico, sino solo un ejercicio de adaptación, dada la naturaleza genérica de los PORN como instrumentos de regulación relativa a los parques o espacios naturales tanto de competencia autonómica como local.

Sin embargo, la Sentencia analizada sí declara la nulidad de la última DF impugnada, que venía a atribuir también al consejero correspondiente la facultad para “adaptar” — también se utiliza el mismo verbo— mediante orden “la descripción literaria o gráfica

de los límites de los parques naturales que se recojan en el correspondiente instrumento de planificación de cada parque natural, a la información más actualizada que se disponga, con la finalidad de eliminar toda posible ambigüedad o mejorar su precisión”. Se añadía, además, como garantía que tal procedimiento de actualización de límites incluiría un trámite de información pública y de audiencia a los interesados. Y en este caso, cuando parece que con la garantía mencionada el objetivo de tal facultad de “adaptación” —eliminar ambigüedades y adaptar los límites espaciales a las nuevas informaciones o avances tecnológicos y científicos— merecería un juicio positivo, entiende el TSJA que en este caso sí se estaría habilitando —indebidamente— al consejero competente en la materia para alterar lo que realmente son los límites —aunque se denomine el procedimiento como de “adaptación” y no de “delimitación”— y, con ello, el propio parque o espacio natural, sin observar, entonces, el procedimiento legalmente establecido para llevar a cabo tal modificación (FJ 7.º).

La Sentencia tiene relevancia no solo por el diferente tratamiento —y calificación jurídica— de dos previsiones aparentemente análogas, aunque calificadas de forma ambigua (“procedimientos de adaptación”), relativas al alcance de la posible “colaboración reglamentaria” en materia de concreción de la ordenación y los límites de los espacios naturales protegidos objeto de regulación, sino, además, por contener, de forma no muy habitual, un voto particular totalmente favorable a la nulidad de los preceptos impugnados. Se sostiene en este voto la vulneración —tanto formal como material— del principio de jerarquía normativa y de distribución de competencias puesto que, según la norma impugnada, dejarían de ser de aplicación las previsiones urbanísticas relativas a parámetros de edificación y características constructivas contenidas en las normas generales de los PORN cuando se aprueben definitivamente los correspondientes planes urbanísticos. Sin embargo, realmente en la Ley básica 42/2007 son estos, también en lo relativo a parámetros de edificación y características constructivas, sin distinción sustantiva o temporal, los que deben adaptarse —en virtud del principio de prevalencia antes señalado— a los PORN, los cuales, conforme expresa el artículo 16.1 de la citada Ley, “son el instrumento específico para la delimitación, tipificación, integración en red y determinación de su relación con el resto del territorio, de los sistemas que integran el patrimonio y los recursos naturales de un determinado ámbito espacial, con independencia de otros instrumentos que pueda establecer la legislación autonómica”.

2. Imposibilidad de convalidar un vicio de incompetencia sancionadora (aparentemente de naturaleza jerárquica) causante de nulidad de pleno derecho (STSJA de 20 de febrero de 2014, rec. 619/2012)

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Sevilla) de 20 de febrero de 2014, rec. 619/2012, vuelve a anular, como en muchas anteriores, una sanción impuesta por la Agencia Andaluza del Agua como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del artículo 51 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en su pretendida asunción de competencias exclusivas sobre la cuenca del río Guadalquivir. Aunque el abogado del Estado defiende que la resolución sancionadora —por incumplimiento del plazo estipulado en la autorización de vertidos para la finalización de las obras y puesta en marcha de la EDAR municipal y, en consecuencia, realización de vertidos de aguas residuales sin previa depuración a cauce público— había sido dictada por el organismo competente en su momento, es decir, el presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, aunque el procedimiento se hubiera incoado antes, cuando la Agencia Andaluza del agua “era competente”, aplicando, de hecho, la misma normativa estatal que hubiera aplicado la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir en su caso (con lo que una vez más se demuestra la incongruencia de un sistema jurídico basado más en la titularidad formal de las competencias que en la efectividad del cumplimiento de las normas aplicables), entiende el TSJA, como en anteriores pronunciamientos, que la sanción es nula.

Recuerda, así, el TSJA los efectos sobre los actos de ejecución de la STC 30/2011, de 16 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en dicho precepto se habilitaba a la Comunidad Autónoma para la imposición de sanciones en materias de aguas, competencia “recobrada” después por el Estado al tratarse de aguas de una cuenca supracomunitaria): en primer lugar, por la vinculación expresa entre inconstitucionalidad y nulidad del artículo 62.1 LRJAP; en segundo lugar, por el anudamiento del efecto de nulidad plena o absoluta a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, con retroacción, pues, de sus efectos al mismo momento de su aprobación, puesto que pudiendo haber hecho el TC alguna matización o modulación a tales efectos (“sentencias prospectivas”), no lo hizo, con lo que la declaración de nulidad derivada de la inconstitucionalidad comporta la expulsión del

ordenamiento jurídico de la norma, con la consecuencia inmediata de la imposibilidad de toda aplicación posterior; y, en tercer lugar, por la “contaminación” necesaria que tal “nulidad originaria”, derivada de su incompatibilidad inicial con el texto constitucional, produce en los reglamentos y las normas de desarrollo, en concreto el reglamento de traspaso de funciones y servicios en esta materia a la Comunidad andaluza.

Hasta aquí la jurisprudencia, más o menos consolidada, del TSJA en cuanto a los efectos —paradójicos, no obstante, al anularse sanciones, liquidaciones tributarias, limitaciones de uso, etc.— de la declaración de inconstitucionalidad de la asunción de competencias sobre las “aguas” internas de la cuenca del río Guadalquivir.

Pero esta sentencia da un paso más. En otras anteriores se había considerado, a pesar de todo lo anterior, que, como al final había sido el presidente de la Confederación Hidrográfica el que había dictado la resolución sancionadora —ajustándose entonces a la nueva distribución de competencias, compatible con el texto constitucional, sancionada por el TC—, esta sí era conforme a derecho. Pero señala el pronunciamiento que comentamos que este vicio de incompetencia no es convalidable al no darse la circunstancia prevista en el artículo 67.3 LRJAP, es decir, la subsanación del vicio por parte del superior jerárquico. En estos casos nos encontramos, vuelve a recordarse, ante un vicio de incompetencia de nulidad plena o absoluta, y, por lo tanto, no susceptible de convalidación, aunque no deja de ser forzado el apoyo argumental utilizado para su justificación.

Como es sabido, la incompetencia que da lugar a la nulidad absoluta solo es la material o territorial, no la jerárquica, cuya concurrencia es susceptible de convalidación por parte del superior jerárquico competente, siendo, pues, un mero vicio de anulabilidad. La Sentencia incurre, entonces, en una cierta contradicción—quizás como todo el proceso de conflicto constitucional del que deriva—: se parte de la premisa de que un vicio de inconstitucionalidad conlleva la nulidad absoluta de los actos derivados o apoyados en la norma enjuiciada, pero, en sede legal, la incompetencia jerárquica no tiene esos efectos. Y, por ello, se señala que, aunque aparentemente el vicio es de incompetencia jerárquica, no cabe aquí la subsanación por parte del superior jerárquico o, subsidiariamente, por parte del órgano “actualmente” competente (con lo que se trataría, entonces, de un vicio de incompetencia ni siquiera previsto —ni tasado— en el artículo 62.1, la “incompetencia temporal”).

La solución parece coherente en sede constitucional por aplicación del artículo 39.1 LOTC, que vincula expresamente la nulidad de los preceptos impugnados a su declaración de inconstitucionalidad, y quizás también en sede de legalidad ordinaria, puesto que el artículo 62.1.g) LRJAP se cierra con la cláusula abierta de nulidad absoluta determinada “expresamente” en otras disposiciones de rango legal —aunque podría ser igualmente discutible si la declaración genérica de la LOTC es una “causa específica de nulidad”—, pero a través de un razonamiento jurídico ciertamente forzado y excesivamente complejo en la caracterización de la invalidez de las disposiciones —y actos de aplicación— sometidas a valoración.

3. Aplicación del principio de cautela en la utilización de productos fitosanitarios (STSJA de 3 de marzo de 2014, rec. 71/2010)

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Granada) de 3 de marzo de 2014, rec. 71/2010, resuelve el recurso de apelación contra la imposición de una sanción pecuniaria por la infracción grave de manipulación de medios de defensa fitosanitaria no autorizados o autorizados sin respetar los requisitos establecidos para ello, “cuando ello represente un riesgo para la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente” (art. 55 i) de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal).

El sancionado alega falta de culpabilidad y desconocimiento del uso de tales productos en su explotación, lo que el TSJA, a la vista de la prueba presentada, desestima de nuevo, reconociendo su “pleno dominio del hecho” enjuiciado.

Pero, además de ello, realiza el Tribunal algunas consideraciones interesantes, realmente no novedosas, sobre el alcance de los “criterios de riesgo” en orden a la “modulación efectiva” de la sanción aplicable.

Recuerda el TSJA que “riesgo” no equivale a toxicidad, por lo que no se exige demostrar el daño que el empleo de la sustancia pudiera causar al ser humano (con lo que solo quedarían fuera de su aplicación aquellas sustancias contrastadamente inocuas). El precepto reseñado sanciona más bien, y como es conocido, una infracción de peligro abstracto del bien jurídico protegido, sin necesidad de materialización en una lesión o un concreto círculo de personas. El riesgo sancionado es el derivado del empleo de un producto “que no está demostrado que sea inofensivo” para el hombre, los

animales o el medio ambiente, cuyo empleo o consumo no está por ello autorizado, y cuya pertenencia a un grupo o composición da razones para pensar que puede resultar nocivo. Además, se recuerda que específicamente los productos fitosanitarios son, en general, tóxicos, por lo que no cabe utilizarlos mientras no se conozcan los límites de su acción y se descarten los riesgos tras una investigación suficiente. Se aduce, pues, por el TSJA la aplicación plena del principio de precaución, sustentada en los siguientes elementos:

— Basta la mera “posibilidad” de generación de efectos nocivos para la adopción de medidas provisionales, no de limitación de la actividad particular, pero sí de “gestión del riesgo”.

— Estas limitaciones pueden establecerse aunque exista “incertidumbre científica” sobre los efectos.

— Las medidas a establecer, aun proporcionales al riesgo, han de poder asegurar, en cualquier caso, un nivel elevado de protección de la salud —y del resto de bienes jurídicos protegidos—.

— Han de ser, no obstante, temporales o sometidas a revisión periódica, en espera de disponer de información científica adicional que permita una identificación y determinación del riesgo más exhaustiva y adecuada.

— En todo caso, las actividades de comercialización de los productos “no seguros”, aun no habiendo evidencia científica de su peligrosidad, han de estar más restringidas.

4. Modificación del planeamiento general de ordenación de los recursos naturales y nueva “zonificación” de áreas o sectores: la “realidad fáctica” como elemento reglado de la potestad de planeamiento (SSTSJA de 10 y 21 de marzo de 2014, recs. 1324/2008 y 1295/2008)

Las SSTSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secciones 1.^a y 3.^a, Sede de Granada) de 10 de marzo de 2014, rec. 1324/2008, y 21 de marzo de 2014, rec. 1295/2008, versan sobre la impugnación del mismo Decreto 37/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueban el PORN y el PRUG del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar y se precisan sus límites, pretendiendo, como en anteriores y parecidos litigios, la anulación de las determinaciones reglamentarias en relación con la reclasificación zonal

de determinadas fincas. La segunda de ellas, además, versa sobre el sector ST-1 del Parque, denominado El Algarrobico, en otro de los procesos judiciales paralelos abiertos en relación con la —tristemente conocida— urbanización (hotelera) de esta zona del litoral almeriense.

En síntesis, el TSJA vuelve a recordar, en la primera de las sentencias, que la potestad de planeamiento de los recursos naturales no es una pura potestad reglamentaria discrecional en orden a regular “libremente” una determinada situación fáctica. Al contrario, se trata de una potestad —formalmente reglamentaria— a desarrollar en un contexto fáctico y jurídico que la condiciona en gran medida. Los límites y la propia realidad son, pues, y en este ámbito, “elementos reglados” indiscutibles en la potestad reglamentaria de planeamiento y ordenación de los recursos naturales. La prueba se convierte así en decisiva para demostrar el ajustamiento de la zonificación asignada a la realidad fáctica de los terrenos. En este caso en concreto, el uso agrícola y ganadero en plena explotación de alguna de las parcelas resulta incompatible con su calificación como “terreno forestal”, por lo que se ordena la reclasificación zonal de estas.

En la segunda se contrapone la calificación territorial (zonal) otorgada por la planificación de recursos naturales con la urbanística derivada de los respectivos instrumentos de ordenación urbanística.

Dejando al margen la desestimación por extemporaneidad de una parte de la impugnación, los recurrentes pretenden, en primer término, la “reclasificación” de sus terrenos y, alternativamente a tal pronunciamiento de plena jurisdicción, la anulación, al menos, de la nueva zonificación por vulneración del principio de igualdad en relación con otros suelos urbanizables y urbanos conforme al planeamiento municipal, sin que a la vista de la “situación” de los terrenos exista justificación del cambio de criterio en la zonificación adoptado por el nuevo PORN.

Entiende el TSJA que el cambio de calificación zonal entre el PORN de 1994 y el nuevo de 2008 de las mismas fincas debe obedecer a razones o criterios suficientes para no estar ante una variación no justificada, a lo que hay que añadir la intensa afectación que tal modificación de destinos pudiera tener sobre el derecho de propiedad privada y la protección de su contenido mínimo de los terrenos afectados, sobre todo teniendo en cuenta su clasificación urbanística como urbanizables y el que estén sometidos, de hecho, a transformación urbanística con posibles derechos ya adquiridos por parte de los

propietarios (de hecho, el sector tenía ya plan parcial aprobado, estudio de detalle aprobado, proyecto de urbanización aprobado de forma definitiva, proyecto de compensación aprobado también de forma definitiva, un 61,3% de las obras ejecutadas y un hotel en construcción con licencia de obras, calificación ambiental favorable y licencia sectorial para actividad hotelera).

Pues bien, señala el TSJA que el ejercicio del *ius variandi* de la Administración en el desarrollo de su potestad de planeamiento, pese a su evidente existencia y reconocimiento como derecho, ha de estar sujeto a límites, particularmente en cuanto afecte a los derechos de los ciudadanos y a su posible restricción. El primero de dichos límites hace referencia a la condición intrínseca de la norma que articula la variación de la situación preexistente, pues esta debe obedecer a una motivación específica que ponga de manifiesto las razones del cambio y, en particular, que este obedece a las exigencias del interés público, excluyendo por consiguiente cualquier asomo de arbitrariedad y garantizando así las posibilidades de control sobre tal potestad discrecional. El segundo límite, ya de carácter contingente, se refiere a la indemnización de los derechos legítimamente adquiridos de conformidad con la ordenación territorial anterior y que la nueva ordenación puede excluir o mermar. En el caso del litigio, el TSJA señala, de forma contundente, que la variación de la zonificación no se apoya en la “más mínima justificación”, lo que le lleva a la estimación parcial del recurso y a la consiguiente declaración de nulidad de pleno derecho del Decreto impugnado en lo referente a la zonificación de los terrenos en cuestión.

Pero se va más allá incluso. El recurrente solicitaba un pronunciamiento de plena jurisdicción o reconocimiento de derecho, interesando del propio TSJA la declaración de zonificación correspondiente, a lo que también se accede, pues, por una parte, resulta acreditada de forma incontrovertida la situación de los terrenos como urbanizables en las NN. SS. correspondientes y, por otra, se asume la no afectación con tal clasificación de los valores que justificaban y justifican la inclusión del Parque Natural en la red Natura 2000. Y concluye la Sentencia en su FJ 9.º: “Importa reseñar que con esta declaración no se adentra la Sala en el ámbito de las potestades discrecionales de la Administración, pues atribuir a determinado suelo una u otra zonificación es el resultado de la definición de la misma, de la aplicación de las características con que se define. En definitiva, es aplicar la norma a una situación de hecho determinada”.

Es evidente que el núcleo del conflicto, dejando de lado esta última más que discutible “interposición judicial” en el ejercicio, aun reglado, de potestades administrativas, reside en la determinación fáctica de la situación de los terrenos y en su ulterior acomodo o no a la zonificación formal reglamentaria llevada a cabo por la Administración. Siendo, pues, una cuestión fundamentalmente de “prueba de la realidad”, sorprende que la propia Sentencia que comentamos acabe en su FJ 12.º llamando la atención sobre la divergencia de su propio pronunciamiento en relación con procedimientos anteriores similares (recaídos sobre el mismo sector, de hecho). Se justifica, sin embargo, aduciendo la inexistencia de cosa juzgada en dichas sentencias anteriores y de tratamiento discriminatorio (cuando los procesos sometidos a comparación radican en secciones diferentes de un mismo Tribunal), aparte del hecho de que el fundamento sustancial de la Sentencia precedente, aun referida a los mismos terrenos, había sido la cartografía del PORN, mientras que el actual es la propia zonificación formal llevada a cabo por el planeamiento, lo cual, se dice, aun llamativamente, “necesariamente conduce a conclusiones diferentes entre una y otra sentencia”.

5. Inexistencia de daños efectivos por posibles pérdidas derivadas del cambio de calificación ambiental a través de la ordenación de recursos naturales (STSJA de 7 de abril de 2014, rec. 2160/2007)

La STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Sede de Granada) de 7 de abril de 2014, rec. 2160/2007, resuelve el recurso contra la desestimación por silencio administrativo de una pretensión de responsabilidad patrimonial contra la Administración por la pérdida de aprovechamientos ganaderos, mineros y de caza dejados de obtener por la aprobación de los nuevos PORN y PRUG de un determinado espacio natural protegido y la nueva protección asignada a la finca en cuestión.

Recuerda el TSJA que, para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial, en estos casos ha de verificarse lo siguiente:

— Con la nueva ordenación, los aprovechamientos han sido limitados de forma efectiva.

— Tales aprovechamientos existían con anterioridad a esta, pues, de lo contrario, no nos encontraríamos ante daños efectivos y reales, sino ante meras expectativas de usos.

Tras la prueba, confirma el TSJA la inexistencia de tales aprovechamientos con anterioridad, entendiendo que la posibilidad de que la finca pudiera sustentarlos no deja de ser una valoración de un perjuicio hipotético o una mera expectativa, sin poder confirmarse, pues, la existencia de una privación real y actual de derechos consolidados.

6. ¿Puede el tañido de las campanas producir “contaminación acústica”? (STSJA de 12 de mayo de 2014, rec. 2520/2011)

Resuelve la STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, Sede de Granada) de 12 de mayo de 2014, rec. 2520/2011, un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Jaén por el que se aprueba la nueva Ordenanza municipal sobre protección contra contaminación acústica, concretamente por no excluir de sus prescripciones los relojes de los edificios públicos y las campanas de los templos o iglesias, alegando el demandante la implícita habilitación de posibles y futuras “agresiones acústicas”.

Es evidente que concurren en el supuesto múltiples factores, que es preciso ordenar, articulados básicamente en torno a la dialéctica entre convivencia social y respeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la propia riqueza patrimonial y el uso consuetudinario de estas manifestaciones sociales. Y recuerda el TSJA, enlazando con jurisprudencia anterior, que “es evidente el interés social y el arraigo del toque de campanas que radica en la cultura cristiana y en las costumbres de un determinado pueblo, hecho pues indiscutible y probado por la notoria presencia de la Iglesia y sus campanas desde hace siglos”, por lo que se considera “a priori justificada en los usos y costumbres sociales la llamada de las campanas a los cultos religiosos”.

7. Responsabilidad extracontractual por caso fortuito y concepto de “equipamientos” en los espacios naturales protegidos (STSJA de 19 de mayo de 2014, rec. 850/2009)

Resuelve la STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, Sede de Granada) de 19 de mayo de 2014, rec. 850/2009, una reclamación de responsabilidad patrimonial por la caída de una piedra al transitar por un sendero situado dentro del Parque Natural de la Sierra de Cazorla debida al movimiento de unas cabras montesas. El afectado ingresó en estado de coma, sufriendo traumatismo craneoencefálico grave y múltiples secuelas posteriores.

Parte la Sentencia, a pesar de la intervención exógena “animal” como causante inmediata de los hechos, de reconocer que en este caso no nos encontramos ante un supuesto de fuerza mayor, sino de “caso fortuito”, con lo que, en principio, no habría exención de responsabilidad.

No obstante, su apreciación efectiva dependerá de: i) verificar que la Administración demandada es titular del servicio o actividad en cuyo ámbito (o radio interno de control) se han producido los daños; y ii) verificar si, además, los hechos se produjeron en una ruta prevista, autorizada para el uso público y controlada por la Administración, a la que, en su caso, cabría exigir, entonces, las responsabilidades dimanantes de tal titularidad.

La cuestión pivota, así, sobre el concepto de “equipamiento de uso público” y, por lo tanto, sometido a control por la administración del Parque.

Señala la Sentencia, en primer lugar, que para atribuir la responsabilidad que se pide no basta con que el sendero se halle en el interior del Parque, puesto que la finalidad genérica y propia de su declaración, es decir, mantener tales espacios en su estado puro para proteger su alto valor ecológico y riqueza natural, conlleva que la seguridad del transeúnte no siempre quede garantizada, sino solo “en aquellos espacios que se hayan constituidos como equipamientos del Parque Natural de uso público o servicios asociados a los mismos”.

Y, en este caso, aunque queda acreditado el tránsito habitual de turistas por el sendero donde se produjo el desprendimiento, los hechos realmente no ocurrieron en la ruta señalizada como tal, no siendo un sendero autorizado (aunque transitable).

Por ello, concluye el TSJA que “no puede entenderse que exista actividad o servicio de la Administración creadora del riesgo inherente al mismo o derivado de su funcionamiento normal o anormal, ni siquiera deber de señalización y protección en todas las zonas de posible acceso humano dentro del Parque, hasta el punto de impedir

la caída de piedras por causa natural o acción de animales salvajes, pues aún no siendo la causa del daño la existencia de fuerza mayor, se estima que no existe el necesario nexo causal determinante de la obligación de indemnizar entre actividad o servicio de la Administración y el daño causado que por ende no le es imputable” (FJ 4.º *in fine*).

8. Impugnación de licencias frente a impugnación de la decisión sobre la revisión de oficio de las licencias concedidas: un nuevo episodio del culebrón de El Algarrobico (STSJA de 29 de julio de 2014, rec. 2026/2008)

La STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sede de Granada) de 29 de julio de 2014, rec. 2026/2008, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Carboneras y la entidad mercantil Azata del Sol, S. L., contra la previa Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería de admisión del recurso interpuesto contra la desestimación presunta, por parte del Ayuntamiento de Carboneras (Almería), de la solicitud de revisión de oficio del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de dicho ente local de otorgamiento de licencia de obras para la construcción del Hotel Azata del Sol, en el paraje denominado El Algarrobico.

Se trata del último pronunciamiento, por ahora, de los vinculados o derivados de esta actuación hotelera ubicada dentro del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, relevante por el propio cambio de criterio del TSJA en cuanto a la legalidad o no de las actuaciones.

La Sentencia ahora recurrida había anulado los actos expresos y presuntos denunciados por no ser conformes a derecho y ordenado al Ayuntamiento de Carboneras de forma expresa la iniciación del procedimiento de revisión de oficio, por nulidad de pleno derecho, del otorgamiento de la licencia de obras, licencia que, curiosamente, y en verdad, no había sido recurrida por ningún interesado o asociación en plazo, y que la propia Junta de Andalucía, luego recurrente, había consentido con pleno conocimiento de su firmeza para la posterior construcción del famoso hotel. Y tampoco la Administración del Estado, especialmente concernida por las actuaciones urbanísticas desarrolladas en el ámbito de terrenos próximos a la costa, en cuanto titular del dominio público marítimo-terrestre, había ejercido ninguna acción judicial para la impugnación de la licencia, firme, pues, por el transcurso de los plazos correspondientes de recurso.

Recuerda el propio TSJA estos datos para poner de manifiesto, de partida, que si “algo ha caracterizado el devenir de este proceso judicial ha sido la distorsión del auténtico objeto del enjuiciamiento”, que no es un juicio de legalidad de la licencia en su conjunto, título de habilitación ya firme y con plenos efectos jurídicos, sino la decisión administrativa de revisión de oficio o no de esta.

Desde esta perspectiva, concluye el TSJA que en la Sentencia ahora apelada el juez a quo ha rebasado efectivamente los límites de enjuiciamiento propios de la revisión basada en motivos de nulidad de pleno derecho (en torno, específicamente, a la admisibilidad o no de la revisión de oficio), entrando en cuestiones que hacen referencia no ya a la pretendida ilegalidad de otros actos administrativos que ni siquiera eran el objeto del recurso, sino incluso a la legalidad y ajuste al principio de jerarquía normativa de los planes urbanísticos en cuya aplicación se había otorgado en su momento la licencia de obras firme y consentida. Hay, pues, falta de motivación de la resolución e indefensión por “incongruencia material omisiva a la parte demandada” (FJ 3.º).

Sin embargo, y en aras de la seguridad jurídica y la plena satisfacción de los intereses —tanto generales como de las partes—, entiende el TSJA que no cabe la retroacción de actuaciones de nuevo, sino la efectiva resolución en derecho sobre la citada causa de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos interpuestos en su momento.

En este sentido, se declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto por las asociaciones ecologistas por falta de acreditación de la legitimación activa de estas en relación con las exigencias del artículo 45.2.d) y 69 b) LJCA, es decir, por falta de acompañamiento y subsanación ulterior del documento o documentos de acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos a las personas jurídicas para entablar acciones con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación.

Es curioso observar como, en este punto, la simple falta de acreditación del poder para litigar, cuestión accesorio —aunque también importante— al verdadero planteamiento y resolución de la cuestión de fondo, desvirtúa y deja sin efectos tres instancias previas del conflicto.

No obstante, y al menos, el recurso de apelación sí se mantiene en relación con la Junta de Andalucía, y el TSJA entra, a continuación, en el fondo del asunto.

La Sentencia apelada, como se había adelantado, incurre en “flagrante incongruencia interna” (incongruencia por exceso o *ultra petita partium*), procediéndose a su anulación por cuanto una decisión judicial no puede basarse en una motivación absolutamente contradictoria. El juez de la primera instancia —se dice— no debió rebasar los límites de la cuestión controvertida, es decir, la procedencia o no de iniciar el procedimiento de revisión de oficio, sin pronunciarse sobre la nulidad o no de la actuación material vinculada: en el recurso contra la inadmisión de una revisión de oficio no cabe pronunciarse sobre la pretendida nulidad de pleno derecho de los actos.

Por ello, “la sentencia debió de respetar el ámbito de libertad y competencia que corresponde al Consejo Consultivo de Andalucía, en su emisión del informe preceptivo que le compete, y, sobre todo, al propio Ayuntamiento de Carboneras, que es el competente para resolver de forma definitiva sobre la revisión de oficio pretendida, siempre tras la tramitación legal procedente”. En consecuencia, también se declaran como improcedentes y extralimitadas las consideraciones de instancia sobre la necesidad de una expropiación y ulterior demolición de lo construido, consecuencias que, en su caso, podrían derivarse de la anulación de la licencia a través de la revisión de oficio de esta. Con ello, señala el TSJA, “no sólo se ha creado una situación confusa sobre el alcance jurídico de la sentencia, como es obvio, sino que también se está construyendo una apariencia de declaración prejudicial y cosa juzgada que distorsiona el normal ejercicio de sus competencias por la Administración y por ende de los Jueces y Tribunales que hayan de revisarlas, en su caso. Las sentencias que dictan los Jueces y Tribunales no son dictámenes o estudios, son actos de poder, y como tales tienen que ceñirse estrictamente a lo que constituye el objeto del litigio que es donde se ejerce la potestad que constitucionalmente tienen atribuida con exclusividad (art. 117.3 CE)”.

El pronunciamiento sobre algo no pedido (es decir, la nulidad de pleno derecho de la licencia) y sobre la ulterior actuación derivada de la Administración (expropiación y demolición) crea, pues, indefensión procesal por la anticipación de juicios y la incongruencia material de la resolución y por el propio entorpecimiento fáctico del ejercicio de competencias propias de otras instancias administrativas (autonómicas y locales).

Se estima, así pues, el motivo de apelación y se revoca la Sentencia apelada por incongruencia omisiva en la respuesta y, paralelamente, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ante la inexistencia de una respuesta congruente y motivada a las

alegaciones presentadas. Como el propio TS ha destacado y recuerda esta eentencia, “reviste una especial importancia el deber de motivación y la improcedencia de sustituir la motivación atinente a las causas de revisión de oficio con la de otros vicios de legalidad que están fuera del ámbito de los de nulidad, que son los únicos que justifican la revisión de oficio” (por ejemplo, STS de 6 de marzo de 2009, rec. 9007/2004). Se estima, pues, que se cumplen los requisitos para declarar la existencia de vulneración del derecho fundamental a no sufrir indefensión, en su vertiente de incongruencia omisiva o *ex silentio* (FJ 7.º).

Pero no se queda ahí el TSJA. A continuación se plantea como necesario resolver, entrando en el fondo, sobre los debatidos motivos de revisión de oficio alegados por la Junta de Andalucía y desestimados expresamente por el Ayuntamiento de Carboneras, y “ello para satisfacer una demanda de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva no sólo para las partes, sino para el conjunto de los ciudadanos, habida cuenta de la trascendencia de los intereses públicos concernidos y en aras de proporcionar una decisión judicial que además de jurídicamente fundada sea socialmente comprensible”.

Pues bien, se basa la demanda de la Junta de Andalucía en que la licencia otorgada para la construcción del hotel era nula de pleno derecho por “ocupación ilegal de la franja de protección establecida en el correspondiente Plan Parcial”. Frente a este endeble argumento, recuerda el TSJA que el Plan Especial de Protección del Medio Físico de Almería, del que deriva dicho Plan Parcial del sector debatido, ni siquiera estaba publicado en el diario oficial correspondiente en el momento de concederse la licencia de obras, por lo que, antes y ahora, resulta incuestionable su carencia de vigencia normativa. Pero es que, aparte de la propia inexistencia de vulneración de la Ley de Costas en las alegaciones de la Junta de Andalucía y sí solo del planeamiento urbanístico de desarrollo aplicable, los terrenos no eran públicos, sino completamente de titularidad privada, cumpliéndose el primer requisito esencial para adquirir el derecho a lo construido, que es la titularidad del terreno en que se sitúa la construcción. Por lo tanto, no habría nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 LRJAP, ni siquiera contradicción con el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, que era la norma luego invocada específicamente por la Junta de Andalucía, que reputaba nulas de pleno derecho las licencias que se otorgasen con infracción de la zonificación o uso urbanístico de zonas verdes o espacios libres.

Tampoco habría contradicción con el propio Plan Especial de Protección, al no tener la condición de construcciones residenciales y ser el resto de construcciones autorizables (piscinas, pasarelas y restaurante) en todo caso accesorias del elemento formal constructivo. Luego, la licencia no estaba afectada por un vicio de nulidad de pleno derecho que justificara la revisión de oficio de un acto que era firme y consentido por la propia Junta de Andalucía, que no lo había recurrido en su momento a pesar de haber tenido plena información de este.

En cuarto lugar, la licencia tampoco contraviene de forma manifiesta, como exige el artículo 190.1.º LOUA, ningún valor natural o paisajístico, que es lo que exige el artículo 225 LOUA para que pueda integrarse la infracción urbanística que define, ya que no se ha practicado ninguna prueba de que las piscinas, pasarelas, etc., que se autorizan en la franja de 50 metros afecten de forma manifiesta a valores paisajísticos o naturales.

Y en quinto y último lugar, en virtud de la licencia no se adquirió ningún derecho o facultad para la que se careciese de los requisitos esenciales, puesto que, con la aprobación de los procedimientos de ejecución del planeamiento y los proyectos de equidistribución de beneficios y cargas, se había adquirido por la propietaria el derecho a urbanizar y a ejecutar las instalaciones correspondientes en virtud del proyecto de compensación también aprobado.

En consecuencia, no hay vicio de nulidad absoluta, que legitimaría un procedimiento de revisión de oficio de esta. A lo sumo, vicios de mera anulabilidad. Que las instalaciones pudieran o no ser conformes con el Plan Parcial es una cuestión de estricta legalidad que debió discutirse en su momento interponiendo el correspondiente recurso en plazo contra su concesión.

Una recapitulación final (como curiosamente hace la propia Sentencia en un último FJ 9.º): la actuación efectiva del Ayuntamiento de Carboneras, al aplicar la normativa urbanística y el planeamiento urbanístico vigentes en el acuerdo de concesión de licencia, no incurrió, pues, en nulidad de pleno derecho, que autorizaría la revisión de oficio solicitada, por lo que se ratifica en sede judicial de revisión, con carácter firme ya, el propio acuerdo del Ayuntamiento. Esto, que en el plano teórico puede resultar convincente y fundado, no deja de resultar llamativo desde una óptica eminentemente práctica y operativa. Frente a la desidia y el desinterés inicial de las administraciones

superiores concernidas (estatal y autonómica), que directamente no recurrieron la licencia ni el propio planeamiento urbanístico de cobertura, se intenta ahora, a través del mecanismo indirecto de la solicitud de revisión de oficio, depurar las posibles ilegalidades de esta en una secuencia compleja de solicitudes y reclamaciones, con la anulación previa de la Sentencia de instancia por indefensión e incongruencia omisiva y el resultado final, que es lo que interesa a la sociedad, y lo relevante desde el punto de vista de la protección efectiva de los valores ambientales y recursos de la zona, de la pervivencia ya firme e inatacable de una licencia de obras posiblemente viciada en su encaje adecuado a la legalidad ordinaria.