

Roj: STSJ AND 2547/2012
Id Cendoj: 18087330012012100457
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Granada
Sección: 1
Nº de Recurso: 1309/2008
Nº de Resolución: 1951/2012
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA LUISA MARTIN MORALES
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SEDE EN GRANADA

SECCIÓN PRIMERA

PO. 1309/08

SENTENCIA Nº 1951 DE 2012

Ilma Sra. Presidente:

Dña. Beatriz Galindo Sacristán

Ilmos Srs. Magistrados:

Dña. Mª Luisa Martín Morales

D. Antonio Cecilio Videras Noguera

Granada, a once de junio de dos mil doce.

La referida Sala de lo contencioso administrativo conoce del recurso nº 1309/08 formulado por Greenpeace España, en cuya representación interviene la procuradora Dña. Mª Carmen Adame Carbonell siendo parte demandada la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, en cuya defensa y representación interviene el Letrado de la Junta la sido parte codemandada el Ayuntamiento de Carboneras, en cuya representación la intervenido Dña. Teresa Guerrero Casado.

La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha formulado recurso contencioso administrativo 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 álcela al sector denominado "El Algarrobico" que se incluye en la zona C3.

SEGUNDO.- Admitido el recurso, se ha requerido a la Administración demandada para la remisión del expediente administrativo; confiriendo un plazo de 20 días a la parte demandante para la presentación del escrito de demanda, lo que ha verificado mediante escrito de fecha, de 18-12-08, en el que se han manifestado los hechos y fundamentos de derecho que sostienen su pretensión.

TERCERO.- La Administración autonómica demandada ha presentado escrito de contestación a la demanda con lecha de 1-9-09. en la que ha esgrimido los hechos y fundamentos jurídicos que avalan sus pretensiones. La Administración Local codemandada procedió a contestar a la demanda mediante escrito de fecha de 26-4-10.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba mediante auto de 13-10-09. se confirió un plazo de quince días para proposición, y un plazo de treinta para práctica de las declaradas admitidas.

QUINTO.- Finalizado el trámite de prueba, la Sala no estimó necesaria la celebración de vista pública, concediendo a las partes derecho de presentar conclusiones escritas, lo que efectuaron las partes reiterando las pretensiones esgrimidas en los escritos de demanda y contestación a la demanda.

SEXTO.- Se ha señalado deliberación en la fecha referida en las actuaciones, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. M^a Luisa Martín Morales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso contencioso administrativo es el Decreto 37/08, de 5 de febrero, por el cual se aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales y c/ Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, en lo que afecta al sector denominado "El Algarrobrico" que se incluye en la zona C3.

SECUNDO.- La parte demandada, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, con nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

L- El Plan Parcial del antiguo Sector R.5, ahora S-T1, en relación a la denominación "El Algarrobrico", estableció una franja de servidumbre de protección del dominio marítimo terrestre de 20 metros, pero c/ Ayuntamiento de Carboneras debió haber adaptado tal normativa a las exigencias de la Ley de Costas que fija tal servidumbre en 100 metros, por aplicación de la D.T. tercera punto 2.b de tal Ley, como deriva de diversos pronunciamientos dictados por la Sala de lo Contencioso administrativo de la audiencia Nacional al conocer sobre la impugnación del deslinde marítimo terrestre de la zona en cuestión.

Además, las NNSS del Ayuntamiento de Carboneras no se adaptaron al PORN del Parque Natural del Cabo de Gata, que venía a calificar la zona de El Algarrobrico como de espacio protegido no urbanizable; con lo que se ha vulnerado la prevalencia otorgada a los PORN de los Parques Naturales respecto de los planes de ordenación territorial y urbanística.

2.- La planimetría del PORN de 1994 configuraba el sector de El Algarrobrico como zona C1 (área natural de interés general) y así fue publicado en el BOJA. Sin embargo, estos planos fueron modificados por la vía de hecho, sin secundar el trámite legalmente establecido para ello, y pasaron a calificarse como urbanizables, como pertenecientes a la subzona D2, lo que no puede tener validez alguna.

3.- La versión del PORN del Parque Natural de Cabo de Gata aprobada por RD 37/08, que ahora objeto de recurso, procede a calificar la zona de El Algarrobrico como zona C3, definida como "núcleos habitados preexistentes y otras zonas transformadas", respecto de los cuales el art. 5.4.3.3 establece que tal zonificación es compatible con las nuevas edificaciones y la rehabilitación de las existentes para el desarrollo de actividades ligadas al turismo en el medio rural. La parte recurrente considera que es improcedente clasificar El Algarrobrico como zona C3 porque tal consideración es incompatible con la declaración de tales terrenos como ZEPA (en octubre de 1989), como LIC (en enero de 1998), integrante de la Red Natura 2000 (en 2007), de la Resera de la Biosfera (en 1997) y del Humedal RAMSAR (en 1991), así como ZEPIME. Con ello, la inclusión de El Algarrobrico en una zona C3 ha supuesto rebajar el nivel de protección que tenía dicho sector en relación a la inicial planificación del PORN, que lo incluía en la zona C1, situación que supone vulnerar la tutela judicial electiva.

4.- Ha constituido una desviación de poder incluir El Algarrobrico en una zona sin protección debida. Y además, implica una vulneración del art. 45 de la CE, así como de los preceptos correlativos del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

La parte actora suplica la estimación de la demanda y la declaración expresa de dejar sin efecto en el impugnado Decreto y sus Anexos, en lo que afecta al sector denominado "El Algarrobrico" que se incluye en la zona C3, debiendo mantener el mismo nivel de protección, linderos y previsiones que existían para esta zona en el PORN publicado en el BOJA el 22-12-1994.

TERCERO.- La Administración autonómica demandada instó la desestimación del recurso presentado, fundamentado en que la resolución recurrida es ajustada a derecho. Considera que es determinante que en 2008 existe construido un hotel en el referido sector, y la bonificación establecida en el PORN aprobado por Decreto 37/08 atiende con eficacia a tal situación, posibilitando su demolición y la regeneración de la zona.

La Administración Local demandada se opone a la demanda, aludiendo a la zonificación del sector en cuestión como D2 y, por tanto, urbanizable, que no fue objeto de impugnación y que desplegó efectos jurídicos.

CUARTO.- Se plantea por la parte recurrente la vulneración efectuada por las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Carboneras respecto a la servidumbre de protección del espacio marítimo terrestre, la cual debe ser de 100 metros, aludiéndose, entre otros, al informe emitido el 15-2-1988 por la Dirección General de Puertos y Costas del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y al emitido por el Jefe del Servicio provincial de Costas del Ministerio de Medio Ambiente. Pero esta Sala no va a analizar esta cuestión pues ya ha sido debidamente estudiada en las sentencias de 23-1-2008 y 19-11-2008 dictadas por la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimaron los recursos interpuestos frente a la Orden de 8-11-2005 del Ministerio de Medio Ambiente que aprobó el deslinde de los bienes de dominio público marítimo terrestre en el tramo existente entre el final de la Playa de Lacón hasta el límite con el término municipal de Mojácar (incluyendo en este tramo el sector denominado El Algarrobo) y que vinieron a confirmar la imposición en la zona de una servidumbre de protección de 100 metros.

Además, esta cuestión no incide en la materia objeto de recurso en el presente proceso, cual es la calificación del sector S-T1 (denominado El Algarrobo) como zona C3 en el PORN del Parque natural de Cabo de Gata-Níjar (en cuyo perímetro se incluye), aprobado por Decreto 37/08.

QUINTO.- También la parte recurrente hace referencia en su escrito de demanda al hecho de que las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Carboneras, aprobadas definitivamente el 26-5-88, no se adoptaron al PORN aprobado por Decreto 418/94, que venían a configurar el sector de El Algarrobo como zona C1 (área natural de interés general), y por lo tanto tenía la calificación de espacio protegido no urbanizable. Y esgrimen que tampoco se adaptaron a tal circunstancia las Normas Subsidiarias aprobadas el 10-3-1998, ni el PGOU del referido Ayuntamiento aprobado en mayo de 2009 que calificó el sector S-T1 de SUE-0, esto es, suelo urbanizable ordenado.

Sobretudo el planeamiento urbanístico aprobado en 1998 parece hacerse eco de la modificación operada en 1997 en la planimetría del PORN del Parque Natural de Cabo de Gata aprobado por Decreto 418/94 por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, modificación que en fundamento a la constatación de un error, procedió a sustituir tres mapas, entre los que se encontraba el nº 1031 respecto a El Algarrobo, para el que se incluye el mismo en zona D.2. como urbanizable ordenado (entre cuyos usos incluía el turístico).

En virtud de esta situación, el Ayuntamiento procedió a otorgar licencia de obras para la construcción del controvertido hotel en el referido sector, actuación administrativa que ha sido objeto de anulación en sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Almería en el seno del PO 457/05. A pesar de que respecto de esta sentencia está pendiente el recurso de apelación interpuesto y que se tramita con el número de rollo 2026/08 ante la Sección tercera de esta Sala, puede extraerse de la misma la imposibilidad e ilegalidad de atender a la configuración del sector de El Algarrobo como zona urbanizable, ya que no puede cambiarse el nivel de protección de un área con una mera corrección de errores (corrección que se fundamentó en que "debido a las reducidas dimensiones del Boletín Oficial, resulta de difícil legibilidad, no permitiendo concluir con certeza la zonificación correspondiente al ámbito geográfico de referencia. Sector S-T1"), cuando, sin ningún género de dudas, de la página 13.708 del BOJA del número 203, de fecha de 22 de diciembre de 1994, el mismo se localiza en la subzona C-1. Y además, en este mismo sentido, del mapa aportado a las actuaciones como documento IB referente a la cartografía publicada en 1994, el referido sector se enmarca claramente en la subzona. C.1.

Es importante hacer referencia al papel normativo que juegan los PORN en relación con el resto de los instrumentos de planeamiento, y para ello es preciso citar el art. 5 de la Ley 4/89, que establece que los PORN serán obligatorios y ejecutivos en las materias reguladas por la Ley, constituyendo sus disposiciones un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, cuyas determinaciones no podrán alterar o modificar dichas disposiciones, En el caso de que los instrumentos de ordenación territorial o física existentes resulten contradictorios con los PORN, deberán adaptarse a éstos, y mientras no tenga lugar tal adaptación, las determinaciones de los PORN se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre los instrumentos de ordenación territorial o física existentes. Con ello, se puede determinar la existencia, de una jerarquía normativa entre estos diversos instrumentos, que constituyen disposiciones generales de diferente rango: los PORN se sitúan en la cúspide de la pirámide, y con subordinación a ellos, los planes de ordenación territorial, y supeditados a estos, los planes urbanísticos.

Por ello, la planificación urbanística de Carboneras debió someterse al prioritario criterio zonificador del PORN, conforme la planimetría publicada en 1994, sin que pueda aceptarse que por un mecanismo tan burdo como una mera corrección de errores se cambie la protección de un sector, pasando de especial protección a urbanizable; lo que, más bien parece haber sido una triquiñuela para hacer jugar a la inversa la jerarquización

de los planeamientos urbanísticos y medio ambientales, adaptando el PORN a las NNSS del ente local, lo que, a tenor de la normativa reseñada, está vedado.

SEXTO.- Ciñéndonos a analizar la alegada nulidad del Decreto 37/08 por el que se aprueba el PORN y PRUyG del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, en lo relativo a la zonificación del sector S-TI como C3, ha de destacarse, con carácter previo, que la Ley 42/07 del Patrimonio natural y de la biodiversidad hace referencia, en primer lugar, al Plan Estratégico y al Inventario estatal del patrimonio natural y de la biodiversidad. El reseñado Plan establecerá el diagnóstico de la situación y evolución del patrimonio natural y de la biodiversidad y de la geodiversidad; los objetivos cuantitativos y cualitativos a alcanzar durante su periodo de vigencia; y las acciones a desarrollar por la Administración General del Estado y estimación presupuestaria necesaria para su ejecución. Y, en segundo lugar, se refiere al Plan de ordenación de recursos naturales de cada uno de los parques.

El Desarrollo de las políticas de protección de los espacios naturales protegidos compete a las Comunidades Autónomas. Así, el art. 21 de la Ley estatal 42/07 atribuye a las Comunidades Autónomas la elaboración y aprobación del PORN, como instrumento de gestión de los espacios naturales, Por ello, las Comunidades Autónomas, a las que, por tanto, se les ofrece un importante instrumento para la implementación de sus políticas territoriales planificarán los recursos naturales atendiendo a los principios inspiradores señalados en el art. 2 de la Ley referida.

La sentencia del TS de 26-10-2010 establece que: "Desde una perspectiva que pudiéramos calificar de formal los planeamientos de carácter general -y entre ellos un Plan de Ordenación de Recursos Naturales- cuentan con la naturaleza de norma reglamentaria, integrándose, pues, sus preceptos en el Ordenamiento jurídico, no obstante y a pesar de su peculiar sistema de elaboración y aprobación; como tales normas jurídicas reglamentarias, son susceptible de desarrollo por otro planeamiento inferior, permitiendo tanto la gestión como la actuación urbanística y medioambiental de las Administraciones públicas, a las que habilitan en dichos ámbitos. Sin embargo, debe destacarse que muchas de las pautas normativas que los Planes Generales -y, en concreto, los PORN- contienen, sobre todo cuando proceden a la clasificación o pormenorización de terrenos o a la calificación mediante la atribución de usos, no son, en puridad, libres mandatos reglamentarios, por cuanto el acierto -o no- de la decisión adoptada, en relación con una determinadas zonas, viene, en gran medida, condicionada por las peculiares características de la misma, y, en el caso que nos ocupa, por el nivel de protección que la misma exige, y en consecuencia, por los usos que permite.

No se trata, pues, y sin mas, de un simple y mero ejercicio de la potestad reglamentaria regulando libremente una determinada situación fáctica, ya que el ejercicio de la potestad de planeamiento -aunque formalmente reglamentario-debe de situarse en un contexto fáctico y jurídico que en gran medida lo condiciona. Esto es, en gran medida, el planeamiento (y, por supuesto el PORN) parte del previo examen y del correspondiente reflejo documental de las determinadas zonas que integran su ámbito; para, a continuación, atribuir a la misma el nivel de protección y usos que, para, dicho tipo de zona se contempla en el mismo Plan. Dicho de otra forma, que en tal actuación planificadora coexisten un importante componente reglado junto a un ámbito de actuación discrecional.

Es cierto, pues, que la potestad de planeamiento contiene un gran componente de actuación discrecional mas, el desarrollo de tal actuación, intrínseca y esencial en el planeamiento, viene condicionada, en gran medida, por la realidad física que se ordena y, en este caso, intenta proteger. Así el Plan de Ordenación de Recursos Naturales, cuenta con unos claros "objetivos: a) Definir y señalar el estado de conservación de los recursos y ecosistemas en el ámbito territorial de que se trate, b) Determinar las limitaciones que deban establecerse a la vista del estado de conservación, c) Señalar los regímenes de protección que procedan, d) Promover la aplicación de medidas de conservación, restauración y mejora de los recursos naturales que lo precisen, e) Formular los criterios orientadores de las políticas sectoriales y ordenadores de las actividades económicas y sociales, públicas y privadas, para que sean compatibles con las exigencias señaladas".

Por otra parte, la misma Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y la Fauna Silvestres establece para los PORNs un contenido mínimo:

"a) Delimitación del ámbito territorial objeto de ordenación y descripción e interpretación de sus características físicas y biológicas.

b) Definición del estado de conservación de los recursos naturales, los ecosistemas y los paisajes que integran el ámbito territorial en cuestión, formulando un diagnóstico del mismo y una previsión de su evolución futura.

c) Determinación de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger, con especificación de las distintas zonas en su caso.

d) Aplicación, en su caso, de alguno de los regímenes de protección establecidos en los Títulos 111 y IV.

e) Concreción de aquellas actividades, obras o instalaciones públicas o privadas a las que deba aplicárseles el régimen de evaluación previsto en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental.

f) Establecimiento de criterios de referencia orientadores en la formulación y ejecución de las diversas políticas sectoriales que inciden en el ámbito territorial a que se refiere el apartado 4.3 e)".

Esto es, que si examinamos los concretos objetivos y contenidos de los PORNs podemos llegar a la conclusión de que en su elaboración se parte de la previa existencia de unas normas, directrices y criterios generales de uso y ordenación; de una esencial zonificación, con delimitación de la diferentes áreas del territorio a ordenar; de la comprobación del estado de conservación de recursos naturales, ecosistemas y paisajes; de la determinación y programación de las actuaciones relativas a la protección de los valores de la zona; y, en fin y al final, de la identificación de aquellas actividades que se consideren incompatibles con los fines del territorio a proteger".

Junto a ello, ya la antigua Ley 4/1989 de 27 de marzo de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, en su artículo 13.2 permitía que en los Parques Naturales se pudiera limitar el aprovechamiento de los recursos naturales, prohibiéndose las actividades que fueran incompatibles con las finalidades que hubiera justificado su creación.

Y es, por tanto, como se ha dicho, a la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Medio Ambiente, a quien corresponde la regulación legal en la materia, y lo ha hecho a través del Decreto impugnado.

SÉPTIMO.- El art. 5.3 del PORN aprobado por Decreto 37/08 , establece las normas generales, en relación a los usos que puedan efectuarse en las diversas zonas, y establece en su apartado primero que dichas normas generales serán de aplicación para las zonas de reserva (A), zonas de regulación especial (B) y zonas de regulación común (C) del Parque Natural, sin perjuicio de lo dispuesto para cada una de ellas en su respectiva normativa particular.

El artículo 4.2.3.3 del Decreto impugnado, respecto a los núcleos habitados existentes y otras zonas transformadas, establece que se incluyen en esta categoría:

-Los suelos no urbanizables del Habitat Rural Diseminado (anteriormente denominados por la planificación urbanística. Suelos no Urbanizable, Núcleos de Población Existente).

- Las agrupaciones de viviendas de cierta entidad.

- Los campamentos de turismo existentes.

- Las zonas que albergan instalaciones y equipamientos vinculados a la gestión y uso público del Parque Natural.

- La áreas alteradas de las concesiones de explotación minera vigentes.

- Otras áreas degradadas por la intervención humana, entre las que se incluye el sector ST-1 (SUE R5 en las NN.SS. de Carbonares 1988), denominado Algarrobico.

Continúa precisando que:

"Los criterios de ordenación fundamentales para estas áreas se orientan a preservar la interacción armoniosa entre el poblamiento del Parque Natural y su naturaleza, promover actividades económicas compatibles con el desarrollo sostenible del Parque Natural, fomentar la regeneración y recuperación de las áreas degradadas y favorecer su lectura en términos de conectividad ecológica y social.

En las áreas degradadas por la actividad humana (áreas alteradas de las concesiones de explotación minera vigentes y otras áreas degradadas por la intervención humana.) el criterio de ordenación es promover su regeneración y recuperación al objeto de en la medida de lo posible, devolverles su funcionalidad. En caso de que esto no sea posible, estas áreas se podrán dedicar a aquellas actuaciones que contribuyan a los objetivos de conservación del espacio.

Las zonas C3 representan el 0,5 % (269 ha) de la superficie total del Parque Natural".

El artículo 5.4.3.3. se refiere a los usos y actividades permitidos en las zonas C-3, concretamente:

- a) Las obras de infraestructuras necesarias para el normal desarrollo de las actividades compatibles y las previstas en el programa de uso público.
- b) Las nuevas edificaciones y la rehabilitación de las existentes para el desarrollo de actividades ligadas a los sectores agropecuarios,
- 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.
- d) Las actuaciones necesarias para la recuperación y regeneración de las áreas degradadas por la actividad humana.
- e) La actividad extractiva, según los planes de labores aprobados por la Consejería competente en materia de minas, en las zonas de explotación minera con concesiones de explotación vigente.
- f) Cualquier otra actuación que el correspondiente procedimiento de autorización determine como compatible, en los términos establecidos en la normativa que resulte de aplicación.

Con toda esta normativa podría concluirse que las actividades turísticas están excluidas en las zonas degradadas, como es la de El Algarrobo; y es precisamente este criterio el que mantiene la Administración demandada para oponerse a la declaración de nulidad instada por la asociación recurrente, esgrimiendo, además, que el nuevo PORN pretende dar solución a la situación láctica derivada de la existencia de una la edificación destinada a hotel en el sector.

Sin embargo, ya se manifestó por esta Sala en el auto dictado el 25-11-08 para adoptar la medida cautelar en el presente recurso contencioso administrativo, confirmado por sentencia del TS de 30-9-11, que la ausencia de una remisión expresa a "El Algarrobo" en la excepción contenida en el art. 5.4.3.3. apartado c) respecto de las nuevas edificaciones y la rehabilitación de las existentes para el desarrollo de actividades ligadas al turismo, puede plantear posible dudas interpretativas sobre lo acertado del planteamiento esgrimido por el Letrado de la Junta de Andalucía, pudiendo dar lugar no a la demolición de la edificación sino a su rehabilitación, ya bien para actividades turísticas o de otra índole (respecto de las cuales, de todas formas, la excepción mencionada no se extiende).

Pero, en todo caso, ha de reconducirse la cuestión sometida a debate a, en primer lugar, si la inclusión del sector S-T1 en la zona C3, efectuada por el PORN aprobado por Decreto 37/08 ha supuesto una degradación en el nivel de protección otorgado al mismo, en comparación con la zonificación existente en el anterior PORN, aprobado por Decreto 418/94; y en segundo lugar, si la Administración puede degradar el nivel de protección de una zona, y, en su caso, bajo que requisitos.

En primer lugar, en relación al grado de protección del sector de El Algarrobo con una normativa y otra, se exige comparar los usos permitidos con el PORN de 2008 (que se especificaron al inicio de este fundamento jurídico) y con el de 1994 (que se detallan a continuación).

El art. 238 del PORN de 1994 incluía el sector en cuestión en la zona C1, como 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.

El art. 245 establecía que se consideran objetivos prioritarios en las áreas incluidas en la zona C:

1. La compatibilización con los aprovechamientos primarios tradicionales.
2. La propuesta y posterior implantación de nuevos aprovechamientos primarios y servicios (Art. 247.1.f.), de carácter compatible con la conservación de los recursos, que posibiliten una mejor utilización y gestión de los mismos.

Y el artículo 246 del Decreto 418/94, que aprobó el PORN de 1994, establecía en relación a los criterios de ordenación para Subzonas C.1, que: "1. La A.M.A. considerará compatibles, en base a criterios medioambientales, los siguientes usos y actividades:

- a) La ordenación de usos y actividades que posibiliten aquellas intervenciones necesarias para la recuperación de la cubierta, edafovegetal.
- b) Las actividades ganaderas, las forestales, las industriales específicas consolidadas, las adecuaciones relacionadas con el uso público del parque y las cinegéticas.

c) Las actividades ambientalmente no lesivas, tramitadas conforme al art. 12 del presente Plan.

d) Los rodajes cinematográficos y de spots publicitarios, y los reportajes gráficos, relacionados o no con los valores del Parque Natural, que precisen del uso de los escenarios naturales y/o seminaturales que engloban.

2. La A.M.A. no considerará compatible, en base a criterios medioambientales, todos aquellos usos y actividades contempladas en las Normas Generales de Protección".

Correlativamente el PORN de 2008 establece en su art. 4.2.2.1 que las zonas definidas como "áreas naturales de interés general" se incluyen en la zona B.1, en las que es uso compatible, entre otras actividades equivalentes a la configuración de estas áreas naturales de interés general como zona C.1 en el PORN de 1994, las actividades primarias existentes que no impliquen la transformación del medio: actividad ganadera, cinegética y forestal (regulado en la letra f)) y la realización de filmaciones o reportajes gráficos que tengan como finalidad la divulgación del interés público y científico del Parque Natural al igual que aquellos otros que no resulten lesivos ambientalmente (letra h)).

Y, a parte de destacar la diferente calificación del sector de El Algarrobo en una y otra normativa (pasa de "área natural de interés general" en 1994 a "núcleo habitado existente y otras zonas transformadas" en 2008), ha de precisarse que, de la comparativa entre los usos permitidos en este sector como zona C.3 del PORN de 2008, incluido en "núcleos habitados existentes y otras zonas transformadas" y los usos y actividades permitidas como zona C.1 del PORN de 1994, insertado en "áreas naturales de interés general"; el Plan anterior otorgaba una más intensa y mejor protección ambiental al sector en cuestión. Y se llega a esta conclusión, no sólo por la ya referida diferente calificación del sector, sino por los referidos usos, 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.

En segundo lugar, tras verificarse que el nivel de protección del sector debatido ha sido reducido con la normativa del PORN de 2008, ha de entrarse a analizar la segunda cuestión referente a si esta reducción es factible y, de serlo, los requisitos que deben concurrir en la misma. Y la Sala ha de concluir que sí es posible que se impongan modificaciones en el PORN por las que el nivel de protección medioambiental de una determinada zona sea reducido, con el consiguiente aumento de las posibilidades de uso respecto de la misma.

En este sentido puede destacarse el artículo 13.4 de la Ley, 8/07, de 28 de mayo, del SUCIO, dedicado a la utilización del suelo rural, y en especial referencia a la utilización de suelos con "valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable". En relación con los mismos la Ley impone que tal utilización "quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice".

Y, tratando de extender al máximo dicha protección medioambiental, en relación con posibles alteraciones procedentes de los ámbitos autonómicos, se señala en el párrafo 2º del citado artículo que "Sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la ("omisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación".

Y correlativamente, el art. 51 de la Ley 42/07 (también básica) establece igual regulación. Al respecto, podría plantearse si los requisitos referidos (que la alteración en la delimitación se justifique en cambios provocados por la evolución natural del espacio protegido, y que se demuestre científicamente) se aplican sólo a la alteración de la delimitación o si son de aplicación también a la modificación en los usos previamente establecidos en el correspondiente PORN, mediante la modificación de este instrumento planificador; y debemos considerar que, si la variación en los usos consiste en una ampliación de los mismos, con una consiguiente disminución del nivel de protección del espacio natural, se deben exigir los mismos requisitos.

En esta cuestión destacamos la sentencia de 4-7-08 del TSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, que establece la nulidad de modificación de los usos establecidos en un PORN cuando no se ha justificado

un cambio en las circunstancias medioambiental, y así declara: "Con lo expuesto se quiere poner de relieve que si el planificador decidió que era necesario para hacer efectivo el objetivo prioritario del PORN prohibir las estaciones de esquí alpino y consideró que éstas eran incompatibles con el régimen de protección que establecía no puede posteriormente, sin una justificación adecuada, contravenir la decisión anterior en una cuestión no regida por la discrecionalidad ni amparada por la genérica potestad reconocida a aquél de modificar o revisar el planeamiento anterior (ius variandi), pues la posibilidad de introducir modificaciones está limitada por el propio PORN al caso en que hayan variado las circunstancias y criterios tenidos en cuenta anteriormente. Es además, a la Administración que toma esa decisión a la que corresponde justificar esa decisión posterior en el expediente y, ahora, en el proceso, lo que no ha hecho. En otras palabras, no es al impugnante a quien incumbe la carga de probar que no se dan las circunstancias que justifican la modificación. Esa justificación adecuada comporta que mediante los informes y estudios técnicos o científicos correspondientes se acredite que desde el año 2000 al 2005 han cambiado suficientemente las circunstancias o criterios que han determinado su aprobación: se insiste en que lo que ha de probarse es que los recursos naturales y ecosistemas existentes en el ámbito del PORN han variado y su conservación y protección -que es el objetivo prioritario del PORN y de la declaración por Ley de Parque Natural- no exige la prohibición de las estaciones de esquí alpino".

Y aplicando todas estas consideraciones a El Algarrobico, ha de determinarse que, tras reducirse el nivel de protección ambiental del PORN de 1994 al ahora recurrido PORN de 2008, no se acredita en el expediente administrativo que el valor medioambiental del sector en cuestión se haya reducido, como para proceder a tal degradación en el nivel de protección. Y si pudiera sobreentenderse que la colación de una enorme masa de ladrillos, como esqueleto de una gran edificación, infringiendo la zona de servidumbre marítimo terrestre y ocupando una gran extensión, supone de por sí una degradación medioambiental, esta situación láctica (a la cual pretende adaptarse el nuevo PORN al calificar el sector de El Algarrobico de zona C3) no es debida a la propia evolución natural de la zona, sino que ha sido la consecuencia de una agresiva actuación humana, que ha de ser corregida por otros cauces pero no modificando a la baja el nivel de protección de la zona. Y precisamente para corregir esta actuación no es necesario más que aplicar las medidas de disciplina urbanística establecidas en el art. 38.1 del RD Legislativo 1/92, de 26 de junio (las actuales correlativas en la LOUA) a las que precisamente se remitía el art. 16.4 PORN de 1994, y todo ello, sin perjuicio del ejercicio de la competencia sancionadora del AMA.

Y todo ello, ha de enlazarse, además, con la declaración de la zona en cuestión como ZEPA, zona integrada en la Red Natura 2000, como Lugar de interés comunitario (LIC), como integrante de la Reserva de la Biosfera, como Humedal RAMSAR y como zona de especial protección del Mediterráneo (ZEPIME); instrumentos que reconocen la concurrencia del valor medioambiental que debe ser objeto de protección.

Consecuentemente, procede la declaración de nulidad de la inclusión, efectuada por el Decreto recurrido, del sector S-T1 en la zona C3.

Y con ello, sólo resta efectuar un pronunciamiento respecto de la solicitud efectuada por la recurrente respecto al nivel de protección que debe darse a tal sector, la que entiende que debe ser el vigente conforme el anterior PORN de 1994. Si la declaración de nulidad de un precepto viene a determinar la vigencia de la regulación anterior, ha de señalarse al respecto que el nivel de protección que debe darse a El Algarrobico debe ser necesariamente el preexistente con el PORN de 1994. puesto que la fundamentación para anular la zonificación fijada en el PORN de 2008 se justifica precisamente en la imposibilidad de reducir en este caso el nivel de protección otorgado, pues ni se ha acreditado que el valor medioambiental del sector se haya modificado, ni, de entenderse que este valor de facto ha variado, ha sido consecuencia del propio curso natural (sino más bien por la mano del hombre).

Y al respecto ha de señalarse expresamente que el nivel de protección ha de ser el correlativo a calificar el sector dentro de la zona C1 (en la dicción del PORN de 1994, que incluía en esta zona las áreas naturales de interés general), sin que pueda ni siquiera plantearse que esta retroacción en la protección pueda determinar la configuración del sector como zona D.2 (zona urbanizable), puesto que la modificación que se realizó en la planimetría publicada en c/ HOJA en 1994, y a consecuencia de la que se sustituyó el mapa 1031, excluyéndose El Algarrobico de la zona C3 (área natural de interés general) para incluirse en la zona D2 (urbanizable ordenado), no tiene validez alguna, porque no reunía los mínimos requisitos de la corrección de errores; consideración ya valorada anteriormente y justificada además en el pronunciamiento judicial por el que se anuló la licencia de obras otorgada por el Ayuntamiento de Carboneras para la construcción del hotel y por las diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Fiscal en relación a posibles falsedades documentales.



OCTAVO.- No procede la condena en costas, de conformidad con el art. 139.1 ley de jurisdicción contenciosa administrativa de 13 de julio de 1998, al no mediar mala fe o temeridad en la parte recurrente.

FALLAMOS

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 Algarrobico" 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.

Sin especial pronunciamiento sobre condena en costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de procedencia de este.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del art. 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra la misma no cabe recurso de casación, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ