

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(*)

VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO

Petición de admisión en centro docente concertado. Denegación. ¿La “ratio” como límite del derecho a la educación del artículo 27 CE?

La sentencia apelada desestimó la demanda cuyas pretensiones versaban sobre la anulación del acto impugnado así como que se declarase el derecho de la recurrente a que su menor hijo sea escolarizado en el centro concertado mencionado.

En la sentencia se desestiman los argumentos relativos al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y las alegaciones relativas a la necesaria conciliación de la vida familiar y laboral, en la medida que pudieran justificar el aumento de la ratio de alumno por colegio, como parte del derecho a la educación del art. 27 de la Constitución.

Frente a esta decisión se alza el recurso de apelación interpuesto por el recurrente alegando, que hay vulneración del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, toda vez que, como se ha repetido en numerosas ocasiones, el derecho de elección de centro docente forma parte del derecho a la educación del art. 27 de la Constitución, que entiende vulnerado así como la posibilidad de incremento de la ratio dimanante de dicho derecho fundamental. Insiste en la apelación en la arbitrariedad en la que a su juicio incurre la administración educativa al no acceder al aumento de la ratio para la menor.

Esta Sala en ocasiones ha primado aquel derecho sobre la ratio por aula, las múltiples reclamaciones judiciales efectuadas por los padres en los procesos de admisión de alumnos a centros concertados ha exigido acentuar el examen pormenorizado de cada caso. En efecto, aunque se transcribe por la parte recurrente sentencias dictadas por esta Sala a cuyos razonamientos se ajustaría su petición, no es de menor consideración que, por la proliferación de recursos suscitados ante reclamaciones de los padres en los procesos de escolarización en colegios concertados, se han

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

dictado ulteriormente otras muchas sentencias que han insistido en que es necesario resolver cada reclamación atendiendo a las peculiaridades de cada caso, únicas que, suficientemente ponderadas, pueden fundamentar tal incremento de ratio dadas las múltiples peticiones a Colegios privados concertados, elegidos por los padres por su carácter religioso, que quedan sin satisfacer sencillamente por insuficiencia de plazas escolares.

Por último, hemos recordar la reciente doctrina legal establecida por Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012 (artículo 100.7 de la Ley Jurisdiccional) declara que ; “la limitación, por prescripción legal, de la ratio de alumnos por curso ha gozado, pues, de cobertura en la interpretación constitucional. Significa, por tanto, que cualquier discrepancia con tal regulación habría de comportar el planteamiento de cuestión de constitucionalidad mas no una interpretación que llevara aparejada la preferencia de los derechos de los padres sobre la regulación legalmente establecida so pretexto de una lesión de derecho constitucional que el máximo intérprete no ha reputado absoluto”; aceptándose en dicha Sentencia como doctrina legal que “No es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones.”.

Por tanto, no se puede considerar vulnerado el derecho a la elección de Centro, pues ninguna cortapisa existe a que los padres puedan ejercitar ese derecho, siendo cosa distinta el que la elección pueda o no ser satisfecha, en función de la existencia o no de plazas, y para ello ha de procederse a la baremación de las solicitudes conforme a los criterios de admisión previamente establecidos y cuya procedencia en modo alguno se cuestiona.

Asimismo la discrecionalidad de la administración a la hora de ampliar o no la ratio, no implica como se quiere por el recurrente, que se incurra en arbitrariedad y si en la legítima discrepancia del mismo para con los criterios educativos aplicados. Siendo así que la administración decide en qué casos y atendiendo a circunstancias especiales procede aumentar la ratio. Lo que por el resultado de este recurso, no ha considerado en el caso de autos.

Por todo, el recurso debe ser desestimado, y de conformidad con lo dispuesto con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA no procede pronunciamiento de condena al pago de las costas causadas en esta segunda instancia, al apreciarse la concurrencia de una circunstancia que justifi-

ca su no imposición cual es que la sentencia de instancia fundamenta su fallo desestimatorio básicamente en un argumento expresamente rechazado por este Tribunal Superior de Justicia en distintas ocasiones y ahora corregido.

St. de 26 de febrero de 2014. Sala de Sevilla. Ponente: Juan María Jiménez Jiménez.

XVI. MEDIO AMBIENTE

Conflicto entre PORN y Plan Rector de uso y gestión del Parque Natural de Cabo de Gato-Níjar Sector Algarrobillo. Norma aplicable en el sistema de Planeamiento. Sentencia que se opone a otra de la misma Sala pero de distinta sección. Resoluciones del Parlamento Europeo de 21 junio de 2007 y 26 de marzo de 2009.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo es el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de 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 Algarrobico” que se incluye en la zona C3.y ST2 de las NNSS de Carboneras.

La parte actora justifica su impugnación en cuanto que sostiene que, de conformidad con la definición que de las diferentes zonificaciones del Parque natural del Cabo de Gata Níjar realiza el propio PORN, las zonas de que se trata debieran ser consideradas como zona D, en cuanto según define el art 4.2.4 del mismo PORN, son “áreas excluidas de la zonificación ambiental en la cual se incluyen aquellas áreas no incluidas en el resto de las categorías, 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”, lo que habría sido más coherente con la definición de Parque natural realizada por la ley 4/89 en su art. 13 .

Sostiene la parte actora tal posición en cuanto que el Sector ST-1 tiene la condición de suelo urbanizable contando con los siguientes instrumentos de planeamiento aprobados: Plan Parcial del Sector R-5 de Carboneras (publicado en el BOP de 4 de Agosto de 1988), Estudio de Detalle aprobado por acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Carboneras de 10 de Diciembre de 2002 (BOP 17 de Diciembre de 2002) proyecto de urbanización aprobado definitivamente por la comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de

Almería de 29 de Octubre de 1997, Proyecto de compensación aprobado definitivamente por resolución del Concejal delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Carboneras de 10 de Junio de 2001. Asimismo se pone de manifiesto que las obras de urbanización del Sector se han llevado a cabo en un 61,3%. Asimismo en la parcela P-1 del proyecto de compensación se ha llevado a cabo la construcción de un edificio destinado a Hotel de cuatro estrellas, habiendo obtenido licencia de obras por acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Carboneras de fecha 13 de Enero de 2003, calificación ambiental favorable y licencia para actividad de Hotel de fecha 3 de Marzo de 2003 y calificación favorable de Sanidad de 5 de Febrero de 2003. 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.

Por otro lado alude la parte actora que la propia Administración demandada Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, en diferentes ocasiones y resoluciones particulares ha estimado que los suelos de que se trata merecían una zonificación ambiental distinta de la que ahora consagra el PORN impugnado, excluyéndolos precisamente de la zonificación ambiental común, afirmando que debía considerarse incluido en la zona D-2 del PORN de 1994 referido precisamente a suelos urbanizables y considerando que en relación al sector ST1 resultaba excluida la aplicación de la normativa en materia de espacios naturales protegidos. Así se invoca expresamente las actuaciones integrantes del expediente sancionador NUM000. (sic)

Considerando tales razones y la inaplicabilidad de los valores propios de la zonificación ambiental a tales suelos (ST1 Y ST2) considera que la inclusión de los terrenos integrantes del suelo ST1 en la zonificación C3 del parque resulta contraria al principio de igualdad en relación a otros suelos urbanos y urbanizables, destacando asimismo que constituye desviación de poder, determinada por la intención de la Administración autonómica de proceder al derribo del Hotel existente. De igual forma se alega que, sosteniéndose la calificación como D2 en el PORN del año 1994 no concurren razones para que en el PORN de 2008 se incluyan tales terrenos en la zonificación ambiental.

Por otra parte y desgajado de lo anterior argumenta asimismo la actora que los terrenos cuestionados resultaron incluidos en el Parque natural Cabo de Gata Níjar a consecuencia de la ampliación que se produjo en el mismo con ocasión de la aprobación del PORN de 1994. Se afirma que tal ampliación resulto contraria a derecho por vulneración del

artículo cuarto de la ley 2/1989 el cual para la incorporación de terrenos colindantes a su ámbito de protección requiere “que reúnan las características ecológicas adecuadas para ello, sean propiedad de la Junta de Andalucía, resulten objeto de expropiación forzosa, sean voluntariamente aportados por sus propietarios con tal finalidad o se autorice por los mismos su incorporación”, ninguna de cuyas circunstancias se habría producido.

Por su parte la Administración de la Junta de Andalucía en su contestación a la demanda sostiene la imposibilidad de accederá la pretensión relativa a la declaración de nulidad del anexo III del Decreto 418/94 por cuanto que el mismo resulta ajeno a la delimitación del objeto del presente recurso tal y como lo configuró el recurrente a través del escrito de interposición del mismo referido a la impugnación del Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de 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. Por otro lado y en cuanto al fondo de la impugnación del Decreto 418/94 la Administración demandada sostiene que el art 4 de la ley andaluza 2/89 no es aplicable al Parque Natural sino tan solo a las reservas Naturales y Parajes naturales entendida la dicción literal del precepto y a la definición de Parques y reservas naturales realizada por los arts 13 y 14 de la ley estatal 4/89.

Por otro lado en cuanto a la zonificación de los espacios realizados por el Decreto impugnado la Administración demandada viene a reconocer su clasificación como urbanizable en el planeamiento urbanístico de Carboneras. En este punto alude a que en esta misma Sala y Sección se encuentra pendiente el rollo de apelación 2026/2008 en el cual es objeto del pleito la licencia concedida por la construcción del Hotel cuestionando precisamente la legitimidad de la clasificación del suelo efectuada por el planeamiento municipal.

Partiendo de tales premisas se invoca respecto del Sector ST1 el ius variandi de la Administración respecto de la clasificación del suelo por el planeamiento a fin de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público. Por ello sostiene que el sector ST1(SUE R5 en las NN.SS. de Carboneras 1988), clasificado por las NNSS de Carboneras como urbanizable, resulta legítimamente clasificado por el artículo 4.2.3.3. del PORN impugnado como Zonas C3 Núcleos habitados existentes y otras zonas transformadas.

Por otra parte en relación al suelo incluido en el Sector ST2 la clasificación urbanística como suelo urbanizable no vincula al PORN, sino que es la realidad física y sus valores ambientales los que determinan el régimen de usos que debe aplicarse, sin que en este sentido la parte actora

acredite el error respecto de la inclusión de estas zonas en el ámbito de las B1 “áreas naturales de interés general” y B2 “áreas naturales con usos tradicionales”. Sostiene en este punto la demandada que si aquel Plan Parcial en cuyo ámbito resultaron incluidos los terrenos no se llevó a cabo no existe inconveniente en que el PORN clasifique como no urbanizable lo que hace años clasifico como urbanizable, pues solo la categoría del suelo urbano se impone al planificado sin que en la categoría de suelo no urbanizable pueda predicarse la misma vinculación.

A su vez la codemandada Greenpeace señala que tanto el Sector ST1 como el ST2 se ubican en espacio protegido no urbanizable desde el 22 de Diciembre de 1994, fecha en la que entro en vigor el Decreto 418/94. A la fecha de la entrada en vigor del PORN el Sector ST1 disponía de un Plan Parcial aprobado 6 años antes pero sin desarrollar, no teniendo los promotores ningún derecho consolidado, habiendo incluso perdido sus expectativas urbanísticas. A su vez destaca que el Ayuntamiento de Carboneras debió adaptar la normativa urbanística a las previsiones del PORN pero no lo hizo. Pone así de manifiesto que el Sector ST1 cuenta con los instrumentos de planeamiento y gestión manifestados por la actora pero son todos nulos de Pleno derecho. También se indica que el Sector ST2 a la entrada en vigor del PORN de 1994 carecía de Plan Parcial aprobado ni tan siquiera en su fase de aprobación inicial.

Desarrolla la parte codemandada así que el Plan Parcial correspondiente al Sector ST1 vulnera la ley de Costas en cuanto al respeto debido a la zona de servidumbre del dominio público marítimo terrestre tal y como recomendaba el Director General de Puertos y Costas pues el Plan Parcial contempla tan solo una servidumbre de protección de 20 metros contados desde la línea interior de la ribera del Mar. Estima por tanto que el Plan Parcial debió ser revisado para ser sometido a la ley de Costas.

También la parte codemandada 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 Algarrobico como zona C1 (área natural de interés general), y por lo tanto tenía la calificación de espacio protegido no urbanizable a partir de la entrada en vigor del indicado Decreto. 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 como suelo urbanizable ordenado.

Por otro lado por la representación procesal de Greenpeace se pone de manifiesto que 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 Algarrobico, para el que se incluye el mismo en zona D.2, como urbanizable ordenado (entre cuyos usos incluía el turístico), cuando la planimetría inicial del PORN de 1994 configuraba el sector de El Algarrobico como zona C1 (área natural de interés general) y así fue publicado en el BOJA. Sin embargo alega la demandada que estos planos en la forma descrita 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. Se indica por la codemandada que los precedentes citados por la actora se fundan en la indicada modificación de la planimetría del PORN de 1994 careciendo por tanto de valor jurídico por ser tal modificación nula de pleno derecho.

Asimismo se pone de manifiesto que el sector ST2 se ubica en suelo protegido no urbanizable apareciendo como tal tanto en la planimetría oficial del PORN como en la ulteriormente modificada según se ha expuesto anteriormente. Se pone finalmente de manifiesto por la code mandada que los sectores en cuestión se ubican en el Parque Natural Cabo de Gata Nljar incluido en el Inventario de Espacios Naturales protegidos de Andalucía por la ley 2/89. Asimismo se indica que los mismos son incluidos desde octubre de 1989 como ZEPA, zona integrada en la Red Natura 2000, como Lugar de interés comunitario (LIC) por decisión de la Comisión de 19 de Julio de 2006, 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. Partiendo de tales instrumentos medioambientales se argumenta que el artículo 13.4 de la Ley, 8/07, de 28 de mayo, del Suelo , 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” 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”. En particular, en cuanto a la posibilidad de alterar los espacios naturales 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 Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación”. En idéntico sentido el art. 51 de la Ley 42/07 (también básica) establece igual regulación. Y correlativamente, el art. 51 de la Ley 42/07 (también básica) establece igual regulación.

Sobre la base de la argumentación citada solicita la desestimación de la demanda en cuanto que la zonificación solicitada por la actora supondría la conculcación de los preceptos citados habilitando para el desarrollo urbanísticos de unos terrenos en los que no resulta posible tal desarrollo conforme a lo expuesto.

Según lo expuesto el primer argumento impugnatorio del presente recurso aparece referido a la ilegalidad y por ello nulidad de pleno derecho del Decreto 418/1994, cuyo Anexo III modificó los límites del Parque Natural, incluyendo dentro del mismo los terrenos objeto de este litigio. Sustenta la parte actora su impugnación en la circunstancia de que la ley 2/1989 en su artículo cuarto señala las posibilidades de ampliación del Parque Natural requiriendo para la incorporación de terrenos colindantes a su ámbito de protección “que reúnan las características ecológicas adecuadas para ello, sean propiedad de la Junta de Andalucía, resulten objeto de expropiación forzosa, sean voluntariamente aportados por sus propietarios con tal finalidad o se autorice por los mismos su incorporación”, ninguna de cuyas circunstancias se habría producido.

En relación a tal motivo de impugnación debemos señalar en primer lugar su inadmisibilidad por razón de extemporaneidad, por cuanto resulta notorio el transcurso del plazo legalmente previsto para la impugnación directa de tal disposición ya que el indicado Decreto fue publicado en el BOJA nº 203, 22-12-1994. De esta forma la impugnación de dicho Decreto solo podría tener lugar en virtud, o con ocasión, de una impugnación indirecta del mismo es decir con ocasión de la impugnación de un acto de aplicación que se considerase ilícito por resultar la disposición general a cuya aplicación se procediese, en este caso el citado Decreto. Pero en el presente proceso no nos encontramos ante un acto de aplicación de la norma que permita la impugnación indirecta de la misma, sino ante la impugnación de una disposición general que no aplica o desarrolla la anterior sino que, al contrario, la sustituye. De esta manera no puede la actora en este momento cuestionar la ampliación del Parque realizada a través del Decreto 418/94 que tan solo podía enjuiciarse con ocasión de un recurso directo frente al mismo o de forma indirecta en atención a la Impugnación de un acto que hiciera aplicación de tal norma.

Tal y como se expresa en la Sentencia núm. 2849/2013 de 7 octubre dictada por esta misma Sala (Sección Primera) en el Recurso contencioso-administrativo núm. 2092/2006 en el cual se impugnaba la Resolución de la Consejería de Medio Ambiente, de 26 de septiembre de 2006, por la que se acuerda la adquisición a la empresa Azata S.L., mediante el ejercicio del derecho de retracto, de determinadas fincas pertenecientes a la finca denominada “El Algarrobico”, en el Término Municipal de Carboneras (Almería). En tal sentencia se indicaba:

“En cuarto lugar invoca la actora la nulidad de pleno derecho del Decreto 418/1994 (LAN 1994, 407 y LAN 1995, 262), cuyo Anexo III modificó los límites del Parque Natural, incluyendo dentro del mismo los terrenos objeto de este litigio. Esta nulidad se produce, a juicio del recurrente, en tanto en cuanto el citado Decreto vulnera la Ley 2/1989 (LAN 1989, 237) ya que, a tenor del artículo 13 de la misma, la protección dispensada por el PORN y el PRUG sólo se extiende a los suelos calificados como no urbanizables, pero no al que -como ocurre con los terrenos objeto del retracto- tienen el calificativo de urbanizable.

Tampoco este motivo puede tener favorable acogida, y ello por varias razones: primera, y fundamental, porque resulta notoria la extemporaneidad de la pretensión actual de nulidad de una normativa que data de 1994; tal pretensión, que sólo podría hacerse por vía de impugnación indirecta, estaría igualmente abocada al fracaso en el supuesto de que la corporación demandante la hubiera planteado así, pues es evidente que el ejercicio del derecho de retracto -que es el objeto de este recurso- es un acto de aplicación de la Ley andaluza 2/1989, pero no desde luego del Decreto 418/1994. Una cosa es que el citado decreto sea presupuesto necesario para poder ejercitar el retracto, y otra muy distinta que éste sea un acto de aplicación de aquél.

Por otro lado si admitiésemos tal impugnación y enjuiciásemos el fondo de los argumentos esgrimidos por la actora tampoco la pretensión impugnatoria podría tener acogida favorable.

El art 4 de la ley 2/89 invocado por la actora señala:

“1. El ámbito territorial de cada uno de los espacios incluidos en el inventario y de sus zonas de protección exterior es el que, respectivamente, se describe en los anexos de la presente Ley.

2. Dicho ámbito podrá ampliarse, por acuerdo del Consejo de Gobierno, mediante la incorporación de terrenos colindantes a las reservas naturales y parajes naturales, siempre que reúnan las características ecológicas adecuadas para ello, sean propiedad de la Junta de Andalucía, resulten objeto de expropiación forzosa, sean voluntariamente aportados por sus propietarios con tal finalidad o se autorice por los mismos su incorporación.”

De esta manera el condicionante en orden a la ampliación del espacio natural se establece en relación a las reservas naturales y parajes naturales que son solo una de las diversas figuras jurídicas singulares de espacios naturales protegidos objeto de protección por la legislación medioambiental tanto estatal como autonómica, Así en el anexo de la ley 2/89 de Andalucía se incluye el Parque natural de Cabo de Gata -Níjar en la relación de espacios naturales protegidos como Parque natural y en la provincia de Almería “60. Cabo de Gata-Níjar.- Declarado en virtud del Decreto 314/1987, de 23 de diciembre”. A su vez el artículo primero de la ley 2/89 como espacios naturales objeto de protección señala que: “Además de las figuras establecidas en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, se establecen los siguientes regímenes de protección en Andalucía: - Parajes Naturales, Parques Periurbanos, Reservas Naturales Concertadas, y Zonas de Importancia Comunitaria, diferenciándose así la figura de las reservas naturales y parajes naturales a que se refiere el art cuarto de la ley 2/89 de la figura del Parque natural que aparecen definidos por el artículo 12 de la derogada ley estatal 4/89 que señala que “En función de los bienes y valores a proteger, los espacios naturales protegidos se clasificarán en algunas de las siguientes categorías: a) Parques, b) Reservas naturales, c) Monumentos naturales, d) Paisajes protegidos, definiendo los parques naturales como “áreas naturales, poco transformadas por la explotación u ocupación humana que, en razón a la belleza de sus paisajes, la representatividad de sus ecosistemas o la singularidad de su flora, de su fauna o de sus formaciones geomorfológicas, poseen unos valores ecológicos, estéticos, educativos y científicos cuya conservación merece una atención preferente”.

Por otro lado, en apoyo de su argumentación, cita la actora la sentencia de la sección primera de esta Sala número 409/2003 de 23 junio, dictada en el Recurso contencioso-administrativo 61/2002, la cual, de acuerdo con la interpretación que ofrece, avalaría su tesis en orden a la ilegalidad de la ampliación del parque efectuada por el Decreto 418/1994. Sin embargo el sentido de la sentencia citada no es el postulado por la actora. Tal sentencia no cuestiona que, en orden a la ampliación del Parque Natural, deban concurrir las circunstancias reflejadas en el art 4 de la ley 2/89 y que operarían como habilitadoras de la ampliación, de tal forma que su ausencia determinaría la imposibilidad de efectuar la misma. Lo que tal sentencia establece en la específica protección del contenido mínimo del derecho de propiedad, es la necesidad de que tal ampliación, en cuanto suponga el sacrificio de legítimos derechos dominicales o patrimoniales, confiera a sus titulares la oportuna indemnización en compensación a tal sacrificio, cuestión desde luego diversa a la legiti-

midad misma de efectuar la ampliación condicionada en todo caso a que la misma se lleve a cabo mediante la incorporación de terrenos colindantes “siempre que reúnan las características ecológicas adecuadas para ello, sean propiedad de la Junta de Andalucía, resulten objeto de expropiación forzosa, sean voluntariamente aportados por sus propietarios con tal finalidad o se autorice por los mismos su incorporación”.

Expresa así la citada sentencia:

“Resulta evidente que la inclusión de los terrenos, sin el consentimiento del propietario, en un ámbito de la restricción de derechos de uso y disfrute de tal naturaleza, no puede ser salvado más que con las predicciones que se establecen en la Ley que sustenta el Decreto impugnado, 2/89 de 18 de julio, sobre Inventario de Espacios Naturales elaborado por la Junta de Andalucía, que en caso de ampliación decidida por el Consejo de Gobierno de Andalucía de los espacios incluidos en el Inventario o de sus Zonas de Protección Exterior, así como la declaración de los parques naturales, se supedita a la concurrencia de una serie de requisitos, establecidos en su artículo 4º, que serán: “dicho ámbito podrá ampliarse, por acuerdo del Consejo de Gobierno, mediante la incorporación de terrenos colindantes a las Reservas Naturales y Parajes Naturales, siempre que reúnan las características ecológicas adecuadas para ello, sean propiedad de la Junta de Andalucía, resulten objeto de expropiación forzosa o sean voluntariamente aportados por los propietarios con tal finalidad o se autorice por los mismos su incorporación”. En el caso concreto, no se ha seguido ninguno de los procedimientos señalados, ni se ha procedido a la expropiación forzosa, ni se han aportado los terrenos por el recurrente de forma voluntaria, sin que conste tampoco, la autorización de su incorporación; por lo tanto, dicha petición precisa de una respuesta de la jurisdicción, que puede sustituir las facultades expropiatorias de la Administración, cuando la jurisdicción imponga la obligación, mediante la oportuna declaración, de aquellas que debió adoptar, en su momento oportuno, al efectuar una serie de limitaciones dispositivas y de uso por parte del propietario de los terrenos, mediante la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, sin que conste haber dado audiencia previa, como interesado, de que unos terrenos de su propiedad estaban incluidos en las limitaciones, que constituyen un daño palpable dado que, sin perjuicio de que la actividad agrícola de invernadero le fuese negada en los terrenos de su propiedad, ha quedado probado tenía unas expectativas reales y evidentes de riego y de cultivo, al estar la superficie afectada incluida dentro del ámbito de la Comunidad de Regantes de RAMBLA000, que con la ampliación del Parque Natural y las limitaciones impuestas por el Decreto 418/94, han quedado truncadas y tales expectativas han de ser objeto de indemnización mediante el correspon-

diente proceso expropiatorio, que habrá de ser iniciado y terminado por la Administración en la forma reglada oportuna, y con las garantías procedimentales establecidas, a fin de que, el interés público consistente en la preservación de los espacios naturales y protección ecológica de los mismos, tan necesaria en la vida actual, no lesiones los intereses particulares de los propietarios que se vean afectados por las limitaciones impuestas por dicho interés público, ya que no sería de recibo que se cargaran sobre las economías particulares el coste de protección de dicho interés público, en su consecuencia, lo procedente es intimar a la Administración, a que cumpla con aquella obligación que no ejerció, derivada de su facultad expropiatoria, para que inicie el expediente de expropiación, y concluya el mismo, tras seguir los tramites oportunos, inactividad de la Administración Pública, que obliga al órgano jurisdiccional a condenar a la misma al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que están establecidas en la Ley 2/89 de 18 de julio.”

Las razones expuestas determinan así la desestimación del recurso interpuesto en este punto.

Por otro lado el núcleo de la impugnación versa sobre la zonificación de los terrenos ST1 y ST2 que la actora considera errónea, entendiendo que los terrenos ST1 zonificados en el área C3 debieran ser integrados en la zona D2 de igual forma que los terrenos ST2 integrados por el PORN impugnado como B1 “áreas naturales de interés general” y B2 “áreas naturales con usos tradicionales”. Alternativamente a tal pronunciamiento de plena jurisdicción la actora postula un pronunciamiento meramente anulatorio al considerar que la zonificación de tales áreas en la forma que la actúa el PORN es nula por vulnerar el principio de igualdad en relación a otros suelos urbanizables y urbanos conforme al planeamiento municipal, sin que a la vista de la situación de los terrenos exista justificación para que los terrenos se zonifiquen en la forma en que lo hace el PORN según lo expuesto.

Por tanto a la vista de tal impugnación y considerando los argumentos ofrecidos por las codemandadas y en especial Greenpeace, debe acotarse el objeto del presente proceso referido exclusivamente a la zonificación efectuada por el PORN en la que no se trata de analizar la conformidad a derecho del planeamiento municipal conforme al cual los terrenos en cuestión se clasificaban como suelo urbanizable según comúnmente reconocen todas las partes. Ello es particularmente relevante por cuanto que dicha codemandada sostiene la nulidad de tal clasificación municipal a la vista no solo de la normativa medioambiental y en particular del PORN que analizamos, sino también y de forma particular en virtud de la normativa sectorial sobre Costas en aplicación de la servidumbre de protección por encontrarse tales terrenos invadiendo la línea de 100 me-

tros desde la línea interior de la ribera del Mar contemplada por la ley de Costas de 1988. Estas cuestiones, por ello, quedan al margen del objeto de este proceso.

En primer lugar 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. Partiendo del carácter normativo del PORN y la vinculación expuesta respecto del planeamiento municipal debemos analizar la zonificación existente en el Parque Natural de Cabo de Gata Níjar. Para ello, en cuanto que se alega la arbitrariedad de la Administración demandada en la zonificación que se plasma en el PORN de 2008 impugnado en el presente recurso, se revela como necesario punto de partida considerar la zonificación existente en el PORN de 1994 (Decreto de 418/1994) a fin de estimar si se ha producido una variación no justificada o motivada de tal situación. La Junta de Andalucía no cuestiona que era D2, tal y como sostiene también la demandante, en tanto que la codemandada Greenpeace afirma que era zona C1.

En el indicado Decreto 418/1994 el art 238 indicaba en cuanto a la oportuna zonificación como zonas de protección de Grado D, que “Son 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. SE diferencian 5 categorías

(...)

Subzonas D2 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 afectan al patrimonio cultural del Parque Na-

tural 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”.

Pese a ello 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.

Se presentaba así una antinomia entre el texto articulado de la norma y la representación cartográfica en ella contenida pues, atendiendo a que el Sector ST1 de Carboneras (El Algarrobo) se clasificaba por el planeamiento municipal como suelos urbanizables según comúnmente 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. Esta antinomia o discordancia debe ser resuelta por la Sala atendiendo al contenido específico de la norma en cuestión, Decreto 418/94. Así la cuestión de referencia debe resolverse en base a la prevalencia del texto articulado, pues así lo imponen razones de seguridad jurídica pues es el texto articulado el que permite analizar la situación existente, comprender las razones y justificación de la norma y asegurar una aplicación general de la misma que respete el principio de igualdad y no discriminación, garantizando que los criterios normativos se aplican de igual forma a todos los ciudadanos que se encuentren ante un mismo supuesto de hecho, todo ello frente a la representación cartográfica, que realiza una aplicación singular de la norma respecto de la cual, y advertida la evidente discordancia, en principio se desconocen las razones que justificarían su inclusión de los suelos como C1 pues ningún argumento se ofrece para ello, y la propia Administración autonómica autora de la norma reconoce que la cartografía inicial era errónea y por ello procedió a su rectificación por vía de error de hecho.

Esta solución, la prevalencia del texto escrito frente a la representación gráfica, es, de otra parte, la interpretación que en caso de antinomia entre normas escritas y planos ha sostenido la jurisprudencia del TS, entre otras en sus sentencias de 14 de diciembre de 1989 ,13 de noviembre de 1991 ,23 de enero de 1996 y 28 de enero de 1999 que viene atribuyendo preferencia a la normativa sobre la planimetría para el caso de contradicción entre ambas, habiendo constatado en algún caso la existencia de un mero error material en los planos y habiendo también establecido que en caso de contradicción entre planos debe prevalecer el más detallado (STS de 1 de julio de 1992).

Considerando tal doctrina y la pauta interpretativa expuesta, partiendo de la consideración de los terrenos integrantes del ST1 como suelos urbanizables conforme al planeamiento municipal el análisis de la normativa del PORN de 1994 nos conduce a estimar que la clasificación de los terrenos en el mismo era la de D2 pues, 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.

De forma particular debe atenderse al art 250 del indicado Decreto que al exponer los criterios de ordenación de las áreas incluidas en la ordenación D2 contempla expresamente como usos compatibles el hotelero, precisamente aquel al que las Normas Subsidiarias municipales destinaban los suelo comprendidos en el área ST-1.

Ahora bien el análisis efectuado del mencionado art 238 del Decreto 418/94 no puede detenerse en este punto. Es de apreciar que el indicado precepto 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”, por lo que aún debe analizarse si tal enumeración, al plasmar en determinados núcleos geográficos el resultado de los criterios de inclusión enunciados en general en el art 238, supone una relación meramente enunciativa o ejemplificativa o, por el contrario, supone una enumeración cerrada y taxativa, de tal manera que única y exclusivamente las áreas incluidas en los núcleos de población citados deban incluirse en la zonificación D2.

En este punto la Sala 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 (suelos urbanizables cuyo desarrollo no se considerase incompatible con los valores del Parque). Ello supondría una interpretación que vendría a consagrar una excepción singular a la norma creada por la misma, solución que no se estima acorde con los postulados requeridos en un estado de derecho por el principio de seguridad jurídica e igualdad.

Por tanto, en atención a las razones expuestas, la Sala, como necesario punto de partida, considera que los terrenos incluidos en el Sector ST1 de Carboneras se incluían en la zonificación D2 del Decreto 418/94, y

ello prescindiendo de la modificación operada en 1997 en la planimetría del PORN del Parque Natural de Cabo de Gata aprobado por Decreto 418/94, modificación que, en fundamento a la constatación de un error, procedió a sustituir tres mapas, entre los que se encontraba el n° 1031 respecto a El Algarrobico (suelos Sector ST1), y por el que se incluye el mismo en zona D.2, como urbanizable ordenado (entre cuyos usos incluía el turístico), excluyéndose así dicho Sector de la zona CI (área natural de interés general en la cual se incluía en la planimetría originaria según hemos señalado) para reflejar gráficamente su inclusión en la zona D2 (urbanizable ordenado).

Sin entrar a analizar la legalidad de la modificación antedicha y de la validez que pudiera otorgarse a la misma por respetar o no los cauces establecidos para la corrección de errores, interesa poner de manifiesto una serie de cuestiones. La primera de ellas es que, 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. La segunda consiste en 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. Y en tercer lugar, 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 cuando establece “3. Los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico vigentes en el momento de la aprobación del PORN deberán adaptarse a las condiciones establecidas en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, y las del presente Plan.

4. En el supuesto de adaptación que conlleve la revisión del planeamiento territorial o urbanístico el Consejo de Gobierno, a propuesta conjunta de la Consejería de Medio Ambiente y la Consejería competente en materia de planificación territorial o urbanística, podrá suspender la vigencia de dicho planeamiento, y en su caso, dictar Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba

el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.” Resulta obvio que si no se inició procedimiento de revisión alguno del Plan Parcial del Sector ST-1, ni se suspendió su vigencia, y además se informó favorablemente la revisión de las Normas Subsidiarias de Carboneras que consideraban dicho sector como suelo urbanizable, la Administración ratificó desde siempre su consideración de suelo urbanizable, incluido por tanto en la categoría de zonificación D2.

Finalmente, es muy relevante la normativa del Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata - Níjar, que 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.

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.

Por consiguiente, los terrenos incluidos en el Plan Parcial ST-1 de Carboneras (antiguo sector R-5), mantuvieron, en virtud de lo previsto en el citado art. 2 del PRUG, su clasificación de urbanizables, y por consiguiente la zonificación Subzona D2 durante toda la vigencia del PORN de 1994, y esta era la situación de partida sobre la que opera el Decreto 37/2008 por el que se aprueba el nuevo PORN.

Por otro lado, enlazando con el principio de seguridad jurídica, no puede perderse de vista la incidencia que la cuestión supone sobre el derecho de propiedad y la protección de su contenido mínimo. Así 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. De esta manera el citado art 238 que obedece a una toma de postura respecto al mantenimiento de la situación existente consagrando una regulación específica que mantenga la posibilidad de desarrollo urbanístico de tales suelos previamente clasificados como urbanizables, en tanto en cuanto no quedase justificado el sacrificio de tal situación preexistente y de los posibles derechos adquiridos en función de los valores de protección medioambiental.

A esta toma de postura entendemos que obedece la sentencia 409/2003 de 23 junio, dictada por la Sección Primera de Esta Sala en el Recurso contencioso-administrativo 61/2002 en cuanto que estima que la ampliación de las zonas ambientalmente protegidas, en cuanto suponga el sacrificio de legítimos derechos dominicales o patrimoniales, confiera a sus titulares la oportuna indemnización en compensación a tal sacrificio. Así según hemos transcrito con anterioridad tal sentencia indica que “Resulta evidente que la inclusión de los terrenos, sin el consentimiento del propietario, en un ámbito de la restricción de derechos de uso y disfrute de tal naturaleza, no puede ser salvado más que con las predicciones que se establecen en la Ley que sustenta el Decreto impugnado, 2/89 de 18 de julio, sobre Inventario de Espacios Naturales elaborado por la Junta de Andalucía, que en caso de ampliación decidida por el Consejo de Gobierno de Andalucía de los espacios incluidos en el Inventario o de sus Zonas de Protección Exterior, así como la declaración de los parques naturales, se supedita a la concurrencia de una serie de requisitos, establecidos en su artículo 4º, que serán: “dicho ámbito podrá ampliarse, por acuerdo del Consejo de Gobierno, mediante la incorporación de terrenos colindantes a las Reservas Naturales y Parajes Naturales, siempre que reúnan las características ecológicas adecuadas para ello, sean propiedad de la Junta de Andalucía, resulten objeto de expropiación forzosa o sean voluntariamente aportados por los propietarios con tal finalidad o se autorice por los mismos su incorporación”. En el caso concreto, no se ha seguido ninguno de los procedimientos señalados, ni se ha procedido a la expropiación forzosa, ni se han aportado los terrenos por el recurrente de forma voluntaria, sin que conste tampoco, la autorización de su incor-

poración; por lo tanto, dicha petición precisa de una respuesta de la jurisdicción, que puede sustituir las facultades expropiatorias de la Administración, cuando la jurisdicción imponga la obligación, mediante la oportuna declaración, de aquellas que debió adoptar, en su momento oportuno, al efectuar una serie de limitaciones dispositivas y de uso por parte del propietario de los terrenos, mediante la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, sin que conste haber dado audiencia previa, como interesado, de que unos terrenos de su propiedad estaban incluidos en las limitaciones, que constituyen un daño palpable dado que, sin perjuicio de que la actividad agrícola de invernadero le fuese negada en los terrenos de su propiedad, ha quedado probado tenía unas expectativas reales y evidentes de riego y de cultivo, al estar la superficie afectada incluida dentro del ámbito de la Comunidad de Regantes de RAMBLA000, que con la ampliación del Parque Natural y las limitaciones impuestas por el Decreto 418/94, han quedado truncadas y tales expectativas han de ser objeto de indemnización mediante el correspondiente proceso expropiatorio, que habrá de ser iniciado y terminado por la Administración en la forma reglada oportuna, y con las garantías procedimentales establecidas, a fin de que, el interés público consistente en la preservación de los espacios naturales y protección ecológica de los mismos, tan necesaria en la vida actual, no lesiones los intereses particulares de los propietarios que se vean afectados por las limitaciones impuestas por dicho interés público, ya que no sería de recibo que se cargaran sobre las economías particulares el coste de protección de dicho interés público, en su consecuencia, lo procedente es intimar a la Administración, a que cumpla con aquella obligación que no ejerció, derivada de su facultad expropiatoria, para que inicie el expediente de expropiación, y concluya el mismo, tras seguir los trámites oportunos, inactividad de la Administración Pública, que obliga al órgano jurisdiccional a condenar a la misma al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que están establecidas en la Ley 2/89 de 18 de julio.”

Por otra parte el respeto de la situación urbanística preexistente que justifica la interpretación realizada en la presente sentencia de la zonificación del PORN de 1994, responde asimismo a los criterios sostenidos por esta misma Sala en auto dictado en fecha 26 de Octubre de 1998 dictado en la ejecutoria 14/98 en relación a la sentencia dictada en el recurso 323/89, en el cual en relación con un incidente de inejecución de sentencia promovido por Letrado de la Junta de Andalucía se declaró que la aprobación del Decreto 418/94 no generaba la imposibilidad de ejecución de la sentencia en relación a los terrenos declarados en situación de aptos para urbanizar. Se indica así en el mencionado auto y en interpretación de las previsiones del art 238 del Decreto citado que siendo la cla-

sificación de los terrenos como aptos para urbanizar anterior a la aprobación del Decreto 418/94, tal norma no genera la imposibilidad de desarrollar urbanísticamente tales terrenos por cuanto que tales zonas aptas para urbanizar fueron respetadas por el planificador del Parque natural en el art 238 del mismo “de forma que en las zonas que señala no se produjo contradicción entre el planeamiento existente y el Plan de Ordenación”, indicando asimismo que para establecer los distintos niveles de protección se partió de la planificación existente en aquellos momentos. También en relación al mismo asunto citado el TS en sentencia de fecha 9 de Octubre de 2012 dictada en el recurso de casación 5865/2011 señala que “No podemos compartir la tesis de la Sala de instancia relativa a que la sentencia se había ejecutado íntegramente con la clasificación por las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Níjar del terreno de los recurrentes (“La Fabriquilla”) como apto para urbanizar.

Tal clasificación resulta estéril si la Administración urbanística impide el desarrollo urbanístico de ese suelo, y esto es lo que han sostenido en el incidente los recurrentes dueños del mismo, de modo que la plena ejecución de la sentencia no termina, en contra de lo afirmado por el Tribunal a quo y la Administración autonómica recurrida, con la mentada clasificación sino con la efectiva posibilidad de urbanizar el referido suelo.”

Por tanto el TS en la sentencia mencionada avala la posición relativa a la conservación de la efectividad de los derechos urbanísticos adquiridos con anterioridad a la aprobación del PORN.

Por otra parte no podemos dejar de citar la incidencia que el respeto de los derechos adquiridos incluso frente a razones de interés público resulta puesta de manifiesto en el ámbito del derecho comunitario siendo de citar expresamente la Resolución del Parlamento Europeo de fecha 21 de Junio de 2007 pone de manifiesto que la obligación de ceder propiedad privada adquirida legítimamente, sin seguir el procedimiento debido y sin ofrecer una compensación adecuada, vinculada a la obligación de sufragar costes arbitrarios para el desarrollo de infraestructuras no solicitadas, y a menudo innecesarias, constituye una vulneración de los derechos fundamentales de las personas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] y con arreglo a lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea. También la protección del derecho de propiedad se destaca en la resolución del Parlamento Europeo de fecha 26 de marzo de 2009 precisamente relativa a la urbanización extensiva en España y en particular en cuanto que la misma comporta el sacrificio de derechos patrimoniales privados. En esta resolución el Parlamento Europeo se remite al CEDH

y a su jurisprudencia interpretativa (Recomendación 10), lo que hace en esta ocasión así como el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero, es decir, el derecho al respeto de los propios bienes (Considerando M).

En esta resolución se viene a decir por tanto que el derecho de propiedad debe tomarse en consideración en relación con su función social, y que si bien es una competencia de los Estados, su respeto es parte de los principios de la Unión, con arreglo a la jurisprudencia reiterada del TJUE, según la cual podrían imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados (Considerando K24). Pese a esta competencia privativa de los Estados que debe ejercerse en conexión con los intereses y principios referidos, y pese a que ello es así de conformidad con la jurisprudencia de Luxemburgo, se recuerda también que el propio Tribunal de Justicia ha mantenido reiteradamente que, -cuando una normativa nacional no está comprendida en el ámbito del Derecho comunitario, se carece de competencia comunitaria para apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia. (Considerando L25).

Toda esta argumentación en orden al respeto del derecho de propiedad y derechos adquiridos se sostiene, recordemos, en orden a ofrecer una interpretación sólida y respetuosa con el principio de seguridad jurídica en tomo a la situación preexistente de los suelos ST1 en el PORN de 1994 ante la antinomia que hemos puesto de manifiesto que existía entre el texto articulado del mismo (art 238) y la cartografía que se incorporaba al indicado PORN.

OCTAVO.- Partiendo de la argumentación señalada en el Fundamento jurídico anterior; y sentada que zonificación preexistente era D2, debemos analizar la zonificación que se efectúa de las zonas indicadas en el PORN de 2008 constituido precisamente como objeto del presente recurso. En él se contempla el sector ST1 En la norma 4.2.3.3. Núcleos habitados existentes y otras zonas transformadas. En ella se contemplan las zonas C3, incluyéndose 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.

- Las 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 NNSS. de Carboneras 1988), denominado Algarrobo.

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:

Las obras de infraestructuras necesarias para el normal desarrollo de las actividades incompatibles y las previstas en el programa de uso público.

Las nuevas edificaciones y la rehabilitación de las existentes para el desarrollo de actividades ligadas a los sectores agropecuarios.

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.

Las actuaciones necesarias para la recuperación y regeneración de las áreas degradadas por la actividad humana.

La actividad extractiva, según los planes de laborales aprobados por la Consejería competente en materia de minas, en las zonas de explotación minera con concesiones de explotación vigente.

Cualquier otra actuación que el correspondiente procedimiento de autorización determine como compatible, en los términos establecidos en la normativa que resulte de aplicación.

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 2000⁷. Por tanto, 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. En este sentido invoca la Administración demandada el “ius variandi” de la Administración en el ejercicio de sus potestades de planeamiento a fin de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, sosteniendo que tal derecho a la revisión de la situación existente no encuentra obstáculo en la existencia de un planeamiento anterior de igual o inferior rango de tal manera que la clasificación que efectúa el PORN impugnado obedecería a tal ejercicio regular de la potestad de planeamiento de la Administración.

En este punto no puede sino afirmarse, desde el punto de vista abstracto, la existencia del derecho al ejercicio del ius variandi de la Administración en el ejercicio de su potestad de planeamiento, pero no es menos cierto que tal ejercicio de su potestad de revisión, y particularmente en cuanto afecte a los derechos de los ciudadanos, especialmente en caso de restricción de los mismos, se encuentra sometido a límites. El primero y principal hace referencia a la condición intrínseca de la norma que articula la variación de la situación preexistente, pues la misma debe obedecer a una específica motivación que ponga de manifiesto las razones del cambio y en particular que el mismo obedece a las exigencias del interés público, excluyendo cualquier asomo de arbitrariedad y garantizando así las posibilidades de control sobre tal potestad discrecional. El segundo límite, ya contingente, se refiere a la indemnización de los derechos legítimamente adquiridos de conformidad con la ordenación anterior y que la nueva ordenación pueda excluir o perjudicar.

En el caso que nos ocupa, apreciándose la variación de la zonificación en la forma que hemos expuesto, 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. Es más la única justificación existente derivada del informe emitido por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía obrante en la Caja 49 carpeta identificada como numero 23 destaca la necesidad de realizar un tratamiento homogéneo de las diferentes zonificaciones de los suelos clasificados como urbanizables en el planeamiento municipal preexistente. Señala así el informe indicado:

“En lo que respecta a la Propuesta de Ordenación del PORN (capítulo 4), se observa una disparidad aparente entre núcleos urbanos, clasificados por el planeamiento general, que se incluyen en la Zona C3 y otros que se excluyen de la planificación ambiental como Zona D, ya que se entiende que ambos están constituidos por suelo urbano clasificado por los respectivos planeamientos municipales. Dado que el conjunto del Parque es Lugar de importancia Comunitaria la justificación contenida en el apartado 4.2.4 sería válida para ambos casos”.

Por ello en el respectivo informe se considera la unidad de situación entre los suelos que se incluyen en la zona C3 y D en atención al suelo clasificado por los respectivos planeamientos municipales como urbanizable, de cuyo respeto se parte con el condicionamiento del respeto a los valores del Parque, respecto del cual no se ofrece ninguna justificación por la Administración en orden a que la situación particular de los terrenos incluidos en el ST1 de Carboneras se encuentren en situación particular en relación a otros terrenos clasificados por el planeamiento municipal como suelos urbanizables.

Se aprecia en suma una absoluta falta de justificación por la Administración para la alteración de la zonificación existente en relación a los terrenos ST1, situación que debe suponer la estimación parcial del recurso en este punto 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 actora solicita un pronunciamiento de plena jurisdicción o reconocimiento de derecho, 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.

Tal zonificación aparece referida a Zonas D conforme a la cual “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.

En este punto la actora sostiene la pertinencia de la zonificación con fundamento en la consideración de los terrenos como urbanizables en el planeamiento municipal. Para resolver tal pretensión debemos nuevamente partir de la zonificación de los terrenos que se hacía en el PORN de 1994 y de la definición que se hacía de tal zonificación. Según venimos exponiendo, en el PORN de 1994 la zonificación de los terrenos correspondientes al ST1 era la de Subzonas D2 Afeas Urbanizables, que se definían como aquellos espacios que, clasificados por el planeamiento municipal

pal 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”.

Por tanto, amén de la condición de urbanizable de los terrenos, el PORN impugnado de 2008 requiere para incluir suelos en la zonificación D un segundo 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”. En este punto resulta el PORN 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.

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. 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 resulta 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.

Resta aún por analizar la situación 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 parte actora en este punto interesa la inclusión de tales áreas en las zonas D por entender que, tratándose de suelos urbanizables, deben resultar excluidas de la zonificación ambiental, aludiendo a la conculcación del principio de igualdad en relación a otros suelos urbanos y urbanizables incluidos en el ámbito del Parque natural.

Alude la Junta de Andalucía en relación a la pretensión formulada que el hecho de incluirse como suelos urbanizables en el planeamiento municipal no vincula al PORN, atendiendo al *ius variandi* que corresponde al planificador urbanístico. Por otra parte la codemandada Greenpeace en el mismo sentido que la Administración opone que la definición de tales suelos como urbanizables no debe conducir a la exclusión de la zonificación ambiental, pretendiendo la actora al amparo de tal argumentación alterar la condición de unos terrenos de alto valor ecológico.

También se destaca por la Administración en relación al suelo incluido en el Sector ST2 que la clasificación urbanística como suelo urbanizable no vincula al PORN, sino que es la realidad física y sus valores ambientales los que determinan el régimen de usos que debe aplicarse, sin que en este sentido la parte actora acredite el error respecto de la inclusión de estas zonas en el ámbito de las B1 “áreas naturales de interés general” y B2 “áreas naturales con usos tradicionales”. Sostiene en este punto la demandada que si aquel Plan Parcial, en cuyo ámbito resultaron incluidos los terrenos, no se llevó a cabo no existe inconveniente en que el PORN clasifique como no urbanizable lo que hace años clasificó como urbanizable, pues solo la categoría del suelo urbano se impone al planificador.

En relación a las pretensiones articuladas 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 TSJ A 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”.

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.

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.

Por otro lado no puede dejar de ponderarse la sentencia 1951/2012 dictada en fecha once de junio de dos mil doce en el P01309/08 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 sen-

tencia 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. 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 Azata del Sol, en cuya representación interviene D. Pablo Alameda Gallardo 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 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 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.

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 éste.

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