

Roj: **STS 546/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:546**Id Cendoj: **28079130052016100066**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **10/02/2016**Nº de Recurso: **1521/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el **Recurso de Casación 1521/2014** interpuesto por la entidad mercantil **AZATA PATRIMONIO, S. L.** (anteriormente **AZATA, S. L.**), representada por el Procurador D. Gustavo García Esquilas y asistida de Letrado, promovido contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede en Granada, en fecha 10 de diciembre de 2013, en el **Recurso Contencioso-administrativo 2017/2006**, sobre ejercicio del derecho de retracto por parte de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía.

Ha sido parte recurrida la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, representada y asistida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se ha seguido el **Recurso Contencioso-administrativo 2017/2006** promovido por la entidad mercantil **AZATA PATRIMONIO, S. L.**, en el que ha sido parte demandada la Consejería de Medio Ambiente de la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, contra la Resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de fecha 26 de septiembre de 2006, dictada en el Expediente de retracto legal 446/06, en la que se acordó --mediante el ejercicio del derecho de retracto--, la adquisición de las fincas nº 7.596, 4.808 y 4.802, sitas en el término municipal de Carboneras (Almería), que habían sido adquiridas mediante compraventa por la entidad Azata, S. A. --causante de la entidad recurrente Azata Patrimonio, S. L.--, de la entidad Río Alias, S. A., por el precio de 2.313.896,61 euros.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 2013, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal de la entidad mercantil Azata, S. L. contra la resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de fecha 26-9- 2006 por la que se acordó la adquisición, mediante el ejercicio del derecho de retrato, de las fincas n. 7.596, 4.808 y 4.802 (que fueron compradas por Azata, S.L. de la entidad Río Alias, S.A.) sitas en el término municipal de Carboneras, por el precio de 2.313.896,61 euros; y consecuentemente, se confirma el acto administrativo impugnado por ser ajustado a derecho.

Sin especial pronunciamiento sobre condena en costas".

(Por Auto de la Sala de fecha 3 de febrero de 2014 se procedió a aclarar la sentencia en algunos extremos sin relevancia a los efectos del presente recurso, y, por posterior Auto de 20 de febrero de 2014 se rechazó la petición de la entidad recurrente de proceder al complemento de la sentencia, al haberse omitido en la misma cualquier consideración sobre la cuestión de que el ejercicio del derecho de retracto ejercido por parte de la Junta de Andalucía había sido sobre "fincas inexistentes").



TERCERO. - Notificados la sentencia y los autos a las partes, la representación procesal de la Entidad Mercantil **AZATA PATRIMONIO, S. L.** (anteriormente **AZATA. S. L.**) presentó escrito preparando el recurso de casación, que fue tenido por preparado mediante Decreto del Secretario de la Sala de instancia de fecha 8 de abril de 2014, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la Entidad Mercantil **AZATA PATRIMONIO, S. L.** (anteriormente **AZATA. S. L.**) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 29 de mayo de 2014 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los argumentos que consideró oportunos, solicitó a la Sala dicte Sentencia en la que admitiendo el presente recurso de casación, case y anule la misma con los pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho.

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por Providencia de fecha 8 de septiembre de 2014, ordenándose también por Diligencia de ordenación de 29 de septiembre de 2014 entregar copia del escrito de interposición del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que llevó a cabo la Letrada de los Servicios Jurídicos de la **JUNTA DE ANDALUCÍA** mediante escrito presentado en fecha 3 de diciembre de 2014, en el que solicitó la desestimación del recurso, al resultar la sentencia plenamente ajustada a derecho.

SEXTO.- Por Providencia de 13 de enero de 2016 se señaló para votación y fallo el día 3 de febrero de 2016, fecha en la que, efectivamente, tuvo lugar.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente **Recurso Contencioso-administrativo 2017/2006**, promovido por la entidad mercantil **AZATA PATRIMONIO, S. L.**, la sentencia que, en el expresado recurso, dictó en fecha de 28 de mayo de 2009, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada , en el que ha sido parte demandada la Consejería de Medio Ambiente de la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, y seguido contra la Resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de fecha 10 de diciembre de 2006, dictada en el Expediente de retracto legal 446/06, en la que se acordó — mediante el ejercicio del derecho de retracto— la adquisición de las fincas nº 7.596, 4.808 y 4.802, sitas en el término municipal de Carboneras, provincia de Almería (que habían sido adquiridas mediante compraventa por la entidad Azata, S. A. —causante de la entidad recurrente Azata Patrimonio, S. L.—, de la entidad Río Alias, S. A., por el precio de 2.313.896,61 euros.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad mercantil **AZATA PATRIMONIO, S. L.**, y se fundamentó para ello, en síntesis, y, por lo que en el recurso de casación interesa, en las siguientes consideraciones, dadas en respuesta al escrito de demanda de la entidad recurrente.

(Debemos advertir que, en la misma fecha de 10 de diciembre de 2013, por la misma Sala y Sección, fue resuelto el **Recurso Contencioso administrativo 2016/2006** , seguido a instancia de la entidad **AZATA DEL SOL, S. L.** respecto de la misma Resolución de 10 de diciembre de 2006 (si bien, allí, respecto de la totalidad de las cinco fincas adquiridas) haciéndolo igualmente en sentido desestimatorio; en sentencia de esta misma fecha vamos a resolver, de forma simultánea a la presente, el **Recurso de casación 520/2014** deducido contra la citada sentencia por la expresada entidad).

(Igualmente, debemos de dejar constancia de que en anterior fecha de 7 de octubre de 2013, la misma Sala y Sección de instancia había resuelto —también en sentido desestimatorio— el **Recurso Contencioso administrativo 2092/2006** seguido a instancia del **AYUNTAMIENTO DE CARBONERAS** respecto de la misma Resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la **JUNTA DE ANDALUCÍA** de 26 de septiembre de 2006; sentencia que, en principio, ha devenido firme).

A) Pues bien, la sentencia de instancia, tras concretar en su Fundamento Primero la Resolución objeto de las pretensiones deducidas en la demanda, sintetiza, en el Fundamento Segundo, las argumentaciones esgrimidas para obtener la nulidad de la Resolución impugnada, y, en el Tercero, las de la Administración demandada dirigidas a obtener la inadmisibilidad del recurso, o, en su caso, la desestimación del mismo.

B) A continuación —cuestión que no ha accedido al presente recurso de casación— la sentencia de instancia (Fundamento Cuarto) rechaza la inadmisibilidad del recurso planteada por la Junta de Andalucía al entender que concurría falta de legitimación activa de la entidad recurrente, por ausencia de Acuerdo para recurrir



de conformidad con lo establecido en el artículo 69.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA).

C) En su Fundamento Quinto la Sala de instancia resuelve --en sentido desestimatorio-- la cuestión --fundamental en el presente litigio-- relativa a que las fincas objeto de retracto, si bien se encuentran incluidas en el perímetro del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar (en virtud de la ampliación del mismo llevada a cabo por Decreto 418/1994, de 25 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales --PORN-- y el Plan Rector de Uso y Gestión --PRUG-- del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar), sin embargo, las mismas fincas, no contaban con las características ecológicas para poder ejercer sobre ellas el derecho de retracto, por cuanto --según expresaba la recurrente-- las Normas Subsidiarias de Planeamiento del Ayuntamiento de Carboneras vigentes al tiempo de la ampliación del Parque consideraban tales terrenos como suelo urbanizable, a los que, por tal condición urbanística, no era de aplicación la normativa de espacios naturales; Normas Subsidiarias urbanísticas, a las que habían seguido las posteriores normas de desarrollo: Plan Parcial, Estudio de Detalle, Proyecto de Urbanización, Proyecto de Compensación, Licencia, que habían posibilitado la construcción de un hotel en tales fincas.

Pues bien, a esta cuestión la sentencia de instancia va a responder --rechazando tales argumentaciones--, fundamentalmente, de conformidad con los argumentos ya utilizados para resolver el **Recurso Contencioso administrativo 1309/2008**, seguido a instancia de la entidad **GREENPEACE ESPAÑA**, mediante la **Sentencia de 11 de junio de 2012** en los concretos términos que, a continuación, reproduciremos.

(Antes, sin embargo, y para una adecuada comprensión integral del litigio debemos advertir, en relación con esta sentencia:

a) Que tal sentencia de 11 de junio de 2012 procedió al enjuiciamiento directo del Decreto 37/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el PORN y PRUG del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar y se precisan los límites del citado Parque Natural; PORN y PRUG a los que pudiéramos considerar como los "segundos" PORN y PRUG de dicho Parque Natural, y que vinieran a sustituir a los "primeros", aprobados por el citado Decreto 418/1994, de 25 de octubre, por cuanto el "primer" PORN contaba con una vigencia de ocho años, y el "primer" PRUG con una vigencia de cuatro, vigencia que fue prorrogada por el Decreto 73/2000, de 21 de febrero, hasta la entrada en vigor de un nuevo Plan (esto es, hasta la entrada en vigor del Decreto 37/2008, de 5 de febrero).

b) Que, en principio, no consta que los "primeros" PORN y PRUG del Parque Natural --y el Decreto 418/1994-- fueran objeto de impugnación jurisdiccional alguna, sobre el particular concernido.

c) Que, en consecuencia con lo anterior, la sentencia que nos ocupa, de 11 de junio de 2012, no tiene por objeto la impugnación del Decreto 418/1994, de 25 de octubre, que aprobara los "primeros" PORN y PRUG, aunque, como enseguida veremos, la sentencia lleve a cabo ciertas valoraciones sobre el contenido del mismo.

d) Que dicha sentencia devino firme.

e) Que, no obstante lo anterior, respecto del mismo Decreto 37/2008, de 5 de febrero, se siguió ante la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el Recurso Contencioso administrativo 1295/2008, que ha sido resuelto por Sentencia de 21 de marzo de 2014 (Sección Tercera) en forma contradictoria con la de 11 de junio de 2012. Y,

f) Que respecto de la sentencia de 21 de marzo de 2014 se ha seguido el Recurso de Casación 1947/2014, que también vamos a resolver de forma coordinada con el presente).

D) Con tales precedentes, debemos destacar los siguientes razonamientos, contenidos en su Fundamento Quinto de la sentencia impugnada de 10 de diciembre de 2013, en la que se enjuiciaba --no deje de tenerse en consideración-- la Resolución habilitadora del ejercicio del derecho de retracto:

"Con carácter previo al análisis detallado de todas las cuestiones planteadas en el presente recurso ha de destacarse que esta Sala en la sentencia dictada en PO 1309/08 -- es la sentencia citada de 11 de junio de 2012 -- ya manifestó que la zona ubicada dentro del Parque como ST-1, el Algarrobico, no podía entenderse clasificada como suelo urbanizable, porque el Decreto de 1994 por el que se aprobó el PORN de Cabo de Gata lo zonificaba como zona C1 (área natural de interés general), y por lo tanto tenía la calificación de espacio protegido no urbanizable, no pudiendo dar valor alguno a las correcciones efectuadas posteriormente por la Consejería de Medio Ambiente en la planimetría (de las que derivaba su consideración como urbanizable) pues no eran correcciones de meros errores materiales ni tampoco fueron objeto de la publicación requerida.

Y concretamente en esta sentencia se resolvió de la forma siguiente: "Sobre todo 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".

De estas consideraciones ha de deducirse que la zona calificada como ST-1 estaba claramente dentro del perímetro del parque natural de Cabo de Gata y, además, se zonificaba, no como suelo urbanizable, sino como zona de especial protección medioambiental.

Consecuentemente, no puede determinarse que conforme la calificación dada por las NNSS del Ayuntamiento de Carboneras (que contradecían lo establecido en normas de rango superior, como las de carácter ambiental) estuviera excluida la zona cuestionada de la aplicabilidad del PORN; sino, todo lo contrario, esta zona se encuentra dentro del perímetro del parque natural y le es aplicable la regulación establecida en el PORN y los derechos de tanteo y retracto en este ámbito, que son facultades inherentes a la declaración de un espacio como protegido, que la Administración medioambiental puede ejercer (incluso, con independencia del PORN que lo regule y de la calificación urbanística del suelo existente dentro del mismo). Así, establece el artículo 10.3 de la Ley 4/1989 que "La declaración de un espacio como protegido lleva aparejada la de utilidad pública, a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados, y la facultad de la Administración competente para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, en las transmisiones onerosas intervivos de terrenos situados en e interior del mismo", disponiendo en similar sentido el artículo 24 de la Ley andaluza 2/1989 que "La Junta de Andalucía, a través de la Agencia de Medio Ambiente, podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto en todas las transmisiones onerosas de bienes y derecho inter vivos de los terrenos situados en el interior de los espacios declarados protegidos, en los términos previstos por la Ley 4/1989 ...".

E) En su Fundamento Sexto la sentencia de instancia responde —también en forma desestimatoria— a la argumentación relativa a la infracción de los principios de buena fe, confianza legítima e interdicción de la arbitrariedad contenidos en el artículo 9.3 de la CE y artículo 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJPA):

"Otro motivo de impugnación argumenta la infracción de los principios de buena fe, confianza legítima e interdicción de la arbitrariedad consagrados en el artículo 3 de la Ley 30/1992 y en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Así, afirma la entidad demandante que la Junta de Andalucía ha vulnerado la doctrina de



los actos propios, pues decide ahora ejercitar el derecho de retracto para evitar la urbanización de unos terrenos a la que hasta ahora no se había opuesto "... máxime cuando ha estado manifestando por escrito que no tenía competencias sobre los terrenos objeto de retracto y que al Sector ST-1 le está excluida la aplicación de la normativa en materia de espacios naturales protegidos".

Tampoco este segundo motivo puede prosperar, pues no se ha producido aquí infracción de la doctrina de los actos propios ni del resto de los principios ni preceptos que el recurrente cita en el motivo. Tal y como ha tenido ocasión de señalar nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 30 de noviembre de 2010 "... la doctrina de los actos propios presupone el despliegue de una actuación previa que defina una determinada situación jurídica por parte de la Administración, que haya permitido desarrollar la confianza legítima en el sujeto que la invoca". Resultando evidente que esa actuación previa sólo habrá podido definir una situación jurídica cuando la respuesta de la Administración haya sido continuada -y ajustada a Derecho- ante una situación que se ha venido manteniendo inalterable. En nuestro caso, no puede compartirse la afirmación de que la actuación anterior de la Administración autonómica haya generado una expectativa digna de ser tenida en consideración, obligándola a no ejercer un derecho que legalmente puede ejercitar".

F) La Sala de instancia, en su Fundamento Séptimo, vuelve a utilizar los razonamientos de su anterior sentencia de 11 de junio de 2012 para responder a la vulneración que se alegaba de los artículo 10.3 de la Ley 4/1989, de 23 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y la Fauna Silvestre (LCEN) y 2/1989, de 18 de julio, de Inventario de Espacios Naturales de Andalucía, incidiendo en desviación de poder, por no haberse justificado suficientemente la concurrencia de valores naturales ambientales en las fincas objeto de retracto:

"Se alega también por la actora la violación de los artículos 10.3 de la Ley 4/1989 y 24 de la Ley 2/1989, incurriendo la Junta de Andalucía en desviación de poder. Tras reiterar la actora el argumento referido a la inexistencia de previsión del derecho de retracto en el PORN del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, afirma que en el caso que nos ocupa no se ha justificado suficientemente la concurrencia, en las fincas objeto del retracto, de valores naturales o medioambientales que justifiquen su protección. En cuanto a los informes técnicos obrantes en el Expediente Administrativo estima la corporación demandante que no están suficientemente motivados y además no están específicamente dirigidos a los terrenos objeto del retracto.

También esta tercera alegación ha de ser desestimada. La desviación de poder es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, afirmando el Tribunal Supremo -en sentencia de 9 de julio de 2013 con cita de numerosas anteriores- que "... el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine". Y en el caso que nos ocupa no ha acreditado la corporación demandante -siquiera mínimamente- la existencia de una divergencia entre el fin objetivo propio del acto que se impugna y la finalidad subjetiva perseguida por su autora. Es más, el interés medioambiental de las fincas objeto del retracto resulta notorio, hasta el punto de que -como hace constar la Letrada de la Junta de Andalucía- la Comisión Europea, en decisión de 19 de julio de 2006, calificó al Parque Cabo de Gata-Níjar como Lugar de Interés Comunitario, habiéndolo incluido previamente en la Red Ecológica Europea Natura 2000. A ello ha de añadirse el reconocimiento del parque o algunas de sus zonas como Humedal de Importancia Internacional -Ramsar 1989-, Reserva de la Biosfera -Unesco 1997-, Zona Especialmente Protegida de Importancia para el Mediterráneo -Zepime 2001- y Geoparque -2001-.

A mayor abundamiento, ha de destacarse el hecho de que esta sala -por sentencia de 11 de junio de 2012- haya estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto por Greenpeace España contra el Decreto 37/2008, de 5 de febrero, por el cual se aprobaba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural cabo de Gata-Níjar; decreto éste que calificó la zona donde se encuentran las fincas objeto del retracto como C3, definida como "núcleos habitados preexistentes y otras zonas transformados" y en relación a la cual era factible la realización de nuevas edificaciones o rehabilitación de las existentes para realización de actividades ligadas al turismo rural. Como se ha señalado, la sentencia estimó el recurso por entender precisamente que la nueva zonificación suponía una rebaja en el nivel de protección de la zona sin que se hubiera acreditado en el Expediente Administrativo que el valor medioambiental del sector en cuestión se hubiera reducido".

G) En su Fundamento Octavo la sentencia de instancia responde a la alegación de nulidad del Decreto 418/1994, de 5 de octubre, pese a que el impugnado en la instancia era el Decreto 37/2008, de 5 de febrero:

"Se invoca por la actora la 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. Esta nulidad se produce,



a juicio del recurrente, en tanto en cuanto el citado Decreto vulnera la Ley 2/1989 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.

En segundo lugar, del tenor literal del artículo 13 de la Ley 2/1989 no se infiere que la protección dispensada por dicha normativa sólo se refiera a los terrenos calificados como de no urbanizables. Así, dispone este precepto -que se inserta en el Capítulo II de la Ley- que "El Consejo de Gobierno establecerá mediante Decreto, previa aprobación provisional por la Junta Rectora, el Plan Rector de Uso y Gestión que determinará el régimen de actividades de los parques naturales, conforme a lo establecido en la legislación básica del Estado. En todo caso, para evitar la pérdida o deterioro de los valores que se quieren proteger, toda nueva actuación en suelo no urbanizable que se quiera llevar a cabo en el parque natural deberá ser autorizada por la Agencia de Medio Ambiente". Del tenor literal de la norma lo único que cabe concluir es que las actuaciones o actividades no contempladas en el PRUG del parque -cuando se refieran a suelo no urbanizable- requerirán la autorización de la Agencia de Medio Ambiente. Ahora bien, de ello no se infiere en modo alguno que el ejercicio del derecho de retracto -regulado en el Capítulo V "Limitaciones de derechos"- no pueda extenderse al suelo urbanizable pues el artículo 24 habla de "... terrenos situados en el interior de los espacios declarados protegidos" sin hacer por tanto distinción alguna según el régimen o calificación urbanística de los mismos.

En tercer y último lugar, porque como ya ha tenido ocasión de poner de manifiesto esta Sala en la citada sentencia de 11 de junio de 2012, es más que cuestionable la calificación de urbanizable de los terrenos cuyo retracto aquí se discute. Así, afirmábamos en la citada sentencia, en relación a la modificación de la planimetría del parque operada en 1997 -en la que se apoyó el planeamiento urbanístico de la corporación recurrente- y que, sobre la base de un error material procedió a sustituir tres mapas en los que la zona debatida aparecía ahora como incluida en la zona D.2 (urbanizable ordenado) 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-TI»), 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-I. 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.I... 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".

H) Por último, en su Fundamento Noveno, la sentencia de instancia responde a la argumentación relativa a la extemporaneidad del ejercicio del derecho de retracto, al considerar recurrente que "es palmario, a su juicio, que la resolución que lo acordó -y que aquí se recurre- se ha dictado transcurrido con creces el plazo de un año establecido en el artículo 10.3 de la Ley 4/1989".

Pues bien, a ello se responde en los siguientes términos:

"La misma suerte desestimatoria que los anteriores debe correr esta alegación de la demandante pues el párrafo segundo del citado art. 10.3 es claro y tajante en cuanto al día a quo para el cómputo del plazo de un año al señalar que "... A los efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, por el transmitente se notificarán fehacientemente a la Administración actuante las condiciones esenciales de la transmisión pretendida y, en su caso, copia fehaciente de la escritura pública en que haya sido instrumentada la citada transmisión. El derecho de tanteo podrá ejercerse en el plazo de tres meses y el de retracto en el de un año, ambos a contar desde la correspondiente notificación, que deberá efectuarse en todo caso y será requisito necesario para inscribir la transmisión en el Registro de la Propiedad".

Como puede observarse, el plazo de un año comienza a contar desde que el transmitente notifica la transmisión fehacientemente a la Administración actuante, esto es, y como se deduce de la lectura íntegra del artículo 13.1,



a la Administración competente en materia medioambiental. En el caso que nos ocupa, la transmisión nunca fue notificada a la Consejería de Medio Ambiente. Ello no impide que -como ha señalado el Tribunal Supremo- el ejercicio del derecho de retracto pueda estar sujeto al plazo de un año cuando se ha incumplido la obligación de notificar la transmisión, si bien en tal caso el mismo sólo podrá empezar a contar desde que la Administración competente tiene conocimiento exacto de la venta. Dicho "conocimiento exacto", cuya concurrencia habrá de ser acreditada por quien invoque la extemporaneidad, ha sido interpretado por el Alto Tribunal -en sentencia, entre otras, de 16 de julio de 2007, con cita de la jurisprudencia de la Sala Primera - como un conocimiento cabal, completo y real -no meramente formal o ficticio- de las condiciones esenciales de la transmisión. En el caso que nos ocupa, el Ayuntamiento de Carboneras no ha acreditado el momento en que la Consejería demandada tuvo ese conocimiento exacto pues la escritura de compraventa -cuya copia fue presentada en la Consejería de Economía y Hacienda para la liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales- afirmaba que las fincas vendidas no estaban dentro de los límites del Parque Natural, negando así la realidad de un dato esencial cual es la ubicación de las fincas dentro del Parque Natural; circunstancia esta que sin duda impide estimar la existencia de ese conocimiento exacto. Resultan por ello inoperantes las alegaciones de la parte actora referidas a la personalidad jurídica única de la Administración de la Junta de Andalucía, ya que tampoco la Consejería de Economía tuvo un conocimiento cierto de las características esenciales de la transmisión. Amén de que, aun cuando lo hubiera tenido, no nos encontramos aquí ante una cuestión de personalidad jurídica, sino de determinación de cuál sea el órgano competente para ejercitar el retracto y, por ello, el único legitimado para ser el destinatario de la notificación a que se refiere el artículo 13.1 de la Ley 4/1989 .

Este criterio ya se ha expuesto en la sentencia de 7-10-13 recaída en el PO 2092/06 sobre la misma actuación administrativa.

I) Por último, en el mismo Fundamento Noveno la Sala de instancia responde a las argumentaciones realizadas en relación con el valor de las fincas objeto de retracto:

"Junto a estas consideraciones ha de atenderse a la alegación esgrimida por la parte actora respecto al valor o precio de las fincas que la Administración debe satisfacer en ejercicio de ese derecho de adquisición preferente manifestado en el retracto, al considerar que el valor real de los terrenos objeto de retracto es muy superior a su valor de adquisición, debiendo añadirse no sólo los valores de los proyectos técnicos ordenados en su día sino por el valor en venta del aprovechamiento urbanístico patrimonializado con la ejecución del planeamiento. Sin embargo no se puede atender a esta petición porque el precio del retracto queda referido a la transferencia respecto de la cual se ejercita dicho derecho, en consonancia con el valor operante en ese momento. Y en todo caso, en el presente recurso ha de cuestionarse profundamente que exista un incremento de valor por el desarrollo urbanístico en las fincas objeto del retracto, pues ya ha manifestado esta Sala que la clasificación del sector en el que se encuentran las fincas (y la construcción del hotel) debe ser y es la de suelo de especial protección, sin que aprovechamiento urbanístico alguno esté permitido en el mismo, debiendo mantenerse este nivel de protección establecido en el PORN aprobado en 1994. Y además, diversas sentencias dictadas por la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, ya han declarado la afectación con parte de la construcción al dominio público marítimo terrestre, con lo que no puede plantearse la existencia de un incremento patrimonial en las fincas retractadas por la construcción, sino más bien un decremento en la valoración del suelo porque la existente construcción no está amparada por la ley".

TERCERO.- Contra esa sentencia ha interpuesto la parte recurrente, **AZATA PATRIMONIO, S. L.** recurso de casación, en el cual esgrime un total de seis motivos de impugnación, de los que, el primero y el cuarto, lo son al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), esto es, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio --por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión--, y, los cuatro restantes, por la vía procesal prevista en el artículo 88.1.d) de la misma LRJCA , esto es, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

1º. Al amparo del artículo 88.1.c) de la LRJCA , infracción de los artículos 33.1 , 33.2 y 67.1 de la misma Ley , en relación con el art. 24.1 CE , ya que la sentencia impugnada tiene como base otra dictada por la misma Sala en su recurso 1309/08 , pero no guarda relación con el presente caso y en el que no fue parte la mercantil recurrente.

2º. Al amparo del artículo 88.1.d) de la LRJCA , infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita (SSTS 22 de mayo de 1991 , 23 de junio de 1987 y 14 de diciembre de 1989), porque la sentencia parte de una valoración jurídica errónea en la calificación que correspondía al Sector -ST-1.



3º. Por infracción (88.1.d de la LRJCA) del art. 11 de la Ley 4/1989, de 23 de marzo, de Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y la Fauna, ya que el derecho de retracto queda vacío sino existe una memoria económica que le dé cobertura.

4º. Por infracción (88.1.c de la LRJCA) como en el primer motivo de los artículos 33.1 , 33.2 y 67.1 de la misma LRJCA , en relación —ahora— con los artículos 38 y 76 Ley Hipotecaria , ya que las fincas retraídas se han extinguido por cancelación registral de la inscripción.

5º. Por infracción (88.1.d de la LRJCA) del artículo 3.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , que regula el principio de confianza legítima.

6º. Por infracción (88.1.d de la LRJCA) de los artículos 1518.1 y 2 y 453 del Código Civil , al negarse el mayor valor de las fincas teniendo en cuenta las mejoras y gastos realizados.

CUARTO.- Hemos de comenzar rechazando los dos "*motivos formales*" que la entidad recurrente articula al amparo del artículo 88.1.d) de la LRJCA , cuales son el primero y el cuarto, en los que los preceptos comunes que se consideran infringidos son los ya citados 33.1 y 2, y 67.1 de la LRJCA.

1º. En el *primer motivo* la recurrente recuerda que la sentencia impugnada ha tenido en cuenta —como razón de decidir— la anterior sentencia de la misma Sala de 11 de junio de 2012 (dictada en el Recurso Contencioso-administrativo 1309/2008), en la que, en síntesis, se venía a decir que los terrenos de las fincas ahora retractadas (según el Decreto 418/1994) no podían considerarse clasificados como Suelo Urbanizable, ya que tenían "*la calificación de espacio protegido no urbanizable*", negándole valor jurídico alguno a las posteriores correcciones efectuadas por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía; declaraciones que la sentencia reitera en diversos apartados de la misma.

Sin embargo, añade la recurrente, la Administración autonómica —ni en la Resolución administrativa de retracto, ni tampoco en el recurso seguido en la instancia— puso en duda el carácter de Suelo Urbanizable del Sector; y tampoco la sentencia impugnada pone en duda que las Normas Subsidiarias de Carboneras clasificaran los mismos como Suelo Urbanizable.

Pues bien, en el motivo se mantiene que esta indebida clasificación urbanística fue una cuestión introducida *ex novo* en la sentencia sin haberse dado previa oportunidad a las partes para pronunciarse sobre la misma, infringiéndose por ello los artículos 33.1 y 2 , y 67.1 de la LRJCA , así como el principio de contradicción, de conformidad con la jurisprudencia que cita. Y, otro tanto ocurre, en el Fundamento Octavo de la misma, en el que se hace referencia a las sentencias dictadas por la Sala de la Audiencia Nacional en relación con la afectación del dominio público marítimo terrestre.

Todo ello —la referencia a ambas sentencias y sus pronunciamientos— han tenido repercusión directa en la sentencia impugnada en cuya demanda se solicitaba el reconocimiento a percibir el aumento de valor por los gastos útiles realizados en las fincas.

El motivo no puede ser acogido.

La naturaleza urbanística de los terrenos se encontraba presente en el sustrato de la sentencia, partiéndose, en la misma demanda, de la consideración de Suelo Urbanizable a los efectos de cuestionar la legalidad de la Resolución habilitadora del retracto.

Si bien no se discutió en la contestación a la demanda, sin embargo (como antes hemos puesto de manifiesto), en la sentencia impugnada se cita la anterior sentencia de la Sala de 7 de octubre de 2013 , dictada en recurso seguido a instancia del Ayuntamiento de Carboneras, y en la que —como en la de autos— se traían a colación las referencias contenidas en la sentencia de 11 de junio de 2012 .

Se trata, pues, de dejar constancia de unos pronunciamientos judiciales firmes con indudable incidencia en la cuestión que se debatía. Obvio es que el objeto de las pretensiones deducidas en la instancia era la Resolución de la Junta de Andalucía mediante la que se materializaba el ejercicio del derecho de retracto, pero obvio es, también, que en tal decisión incidían, de una u otra forma, las decisiones judiciales a las que la sentencia se refiere y el motivo rechaza. Lo que en el fondo se vislumbra es la pretensión de que se produzca un pronunciamiento jurisdiccional respecto de la legalidad del ejercicio de un derecho de retracto medioambiental, sin tomar en consideración pronunciamientos jurisdiccionales; sin embargo; ello no es así, pues tal actuación conduciría a una resolución fragmentada del conflicto suscitado, con posibles contradicciones —como las ya acontecidas—, como si las materias urbanísticas, medioambiental y del dominio público marítimo-terrestres, cuando inciden sobre un mismo territorio, pudieran escindirse o analizarse de forma separada y con exclusión de una respecto de las otras.



Justamente —dando una respuesta integral de la compleja cuestión— tal situación es la pretendemos evitar con el pronunciamiento coetáneo de las SSTS que dictamos de forma coordinada, pues, una actuación distinta podría vulnerar el principio de seguridad jurídica y otros principios constitucionales, como ya dijimos en nuestra STS de 18 de julio de 2012 resolviendo recurso de casación deducido contra sentencia de la Audiencia Nacional en relación con la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde de la zona; STS, en la que, con cita de nuestra anterior jurisprudencia, decíamos que *"los principios de igualdad y legalidad en materia procesal impiden desconocer o reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme, efecto que no sólo se produciría con el desconocimiento por un órgano judicial de lo ya resuelto por otro en supuestos en que concurren identidades de cosa juzgada, sino también cuando se elude lo resuelto por sentencia firme en el marco de los procesos que examinan cuestiones que guardan una estrecha dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto de cosa juzgada"*, pues, una resolución que ha ganado firmeza, *"ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores ni reducir a la nada la propia eficacia de aquella"*. En la misma STS de 18 de julio de 2012 se añadía que *"la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial efectiva ..."*.

2º. Tampoco el *motivo cuarto* puede prosperar. En el mismo, la vulneración de los preceptos que se citan como infringidos (33.1 y 2, y 67.1 de la LRJCA) se enlazan con el vicio de incongruencia omisiva, por cuanto la sentencia no contiene referencia alguna a la consideración de la demanda acerca de la imposibilidad del retracto sobre fincas inexistentes, como consecuencia de la aprobación de la reparcelación del Sector, de la consiguiente cancelación registral de las fincas retractadas, y, en consecuencia, de su extinción de conformidad con el artículo 76 de la Ley Hipotecaria .

Insiste la recurrente en que *"este hecho, así como la consecuencia jurídica del mismo"* no solo fueron alegados oportunamente en la demanda (Hechos 1º y Fundamento 10º), sino, con posterioridad a la sentencia, en escrito de solicitud de complemento, que fuera desestimada por el Auto de 20 de febrero de 2014, añadiendo que *"esta pretensión"* no es una pretensión conexas con las demás, ya que el derecho sustantivo que los regula (Ley y Reglamento Hipotecarios) no guarda relación alguna con los preceptos invocados en la sentencia.

En relación con este defecto procesal, con reiteración hemos expuesto (por todas SSTS de 12 de diciembre de 2013, RC 424/2011 y STS 3 de septiembre de 2015, RC 313/2014) que el vicio de la incongruencia omisiva —que es la que nos ocupa en el presente recurso— *"sólo tiene relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia"*, añadiéndose que existen mecanismos de análisis para llevar a cabo la comprobación de la expresada denegación, ya que la misma *"se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, sin que quepa la verificación de la lógica de los argumentos empleados por el Juzgador para fundamentar su fallo (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3 ; 82/2001, de 26 de marzo , FJ 4)"*.

También hemos expuesto en numerosas sentencias —extractado la STC 8/2004, de 9 de febrero — que, para llevar a cabo la citada comprobación de que *"existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes"*, debe, no obstante, tenerse en cuenta *"que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva"*, pues resulta *"preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno ... y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el art. 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva"*. En consecuencia, hemos insistido en que *"debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones"* , sin que las primeras requieran *"una respuesta explícita y pormenorizada"* , mientras que, por el contrario, las pretensiones si exigen *"de respuesta congruente ... sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse"*. Y, a todo lo anterior, habremos de añadir que *"la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del art. 24.1 CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables"*.

Si bien se observa, es cierto que la sentencia de instancia no contiene una respuesta expresa y pormenorizada a la argumentación —que no pretensión— de referencia, en relación con el contenido imposible del derecho de retracto, por haber "desaparecido" registralmente las fincas retractadas; esto es, no se contiene una respuesta como la que la misma Sala de instancia daba, en la misma fecha, al resolver —sobre la misma argumentación— en el Recurso Contencioso-administrativo 2016/2006 (Fundamento Cuarto), o, como ya había hecho la anterior sentencia, de fecha de 7 de octubre de 2013, de la misma Sala y Sección de instancia



al resolver —también en sentido desestimatorio— el Recurso Contencioso administrativo 2092/2006 seguido a instancia del Ayuntamiento de Carboneras respecto de la misma Resolución.

Ello es cierto, pero también los es que de la sentencia se deduce un rechazo implícito de la argumentación de referencia y, sobre todo, de la expresa cita de la última sentencia de 7 de octubre de 2013, que acabamos de citar. Esto es, no ha existido *"una respuesta explícita y pormenorizada"*, pero con absoluta claridad se deduce cual era la decisión de la Sala respecto de tal extremo, que, por otra parte, no causado indefensión a la recurrente, como lo acredita el que tal circunstancia ni siquiera haya sido alegada.

QUINTO.- Entrando en los motivos de fondo, en el *segundo de los motivos* formulados, al amparo, pues, del artículo 88.1.d) de la LRJCA, se denuncia infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita (SSTS 22 de mayo de 1991, 23 de junio de 1987 y 14 de diciembre de 1989), por cuanto la sentencia parte de una valoración jurídica errónea en la calificación que correspondía al Sector -ST-1.

Efectivamente, según se reitera, la sentencia de instancia, para resolver el litigio relacionado con el retracto, ha tenido en cuenta la sentencia de la propia Sala de 11 de junio de 2012 (RCA 1309/2008), en el que la entidad recurrente no había sido parte, y en la que —con cita de dicha sentencia— se afirmaba:

"Con carácter previo al análisis detallado de todas las cuestiones planteadas en el presente recurso ha de destacarse que esta Sala en la sentencia dictada en PO 1309/08 ya manifestó que la zona ubicada dentro del Parque como ST-1, el Algarrobico, no podía entenderse clasificada como suelo urbanizable, porque el Decreto de 1994 por el que se aprobó el PORN de Cabo de Gata lo zonificaba como zona C1 (área natural de interés general), y por lo tanto tenía la calificación de espacio protegido no urbanizable, no pudiendo dar valor alguno a las correcciones efectuadas posteriormente por la Consejería de Medio Ambiente en la planimetría (de las que derivaba su consideración como urbanizable) pues no eran correcciones de meros errores materiales ni tampoco fueron objeto de la publicación requerida".

Y, casi al final del mismo Fundamento Quinto se concluía señalando: *"De estas consideraciones ha de deducirse que la zona calificada como ST-1 estaba claramente dentro del perímetro del parque natural de Cabo de Gata y, además, se zonificaba, no como suelo urbanizable, sino como zona de especial protección medioambiental".*

De ello deduce la recurrente que las fincas tenían que haberse "calificado" como "espacio protegido no urbanizable" por el Decreto de 1994, y no como "suelo urbanizable", dado que se sustituyeron —mediante expediente de corrección de errores— tres planos originales (en los que se clasificaban los terrenos como zona C1, Área natural de interés general) por otros en los que la clasificación era zona D2 (suelos susceptibles de ser urbanizados). Pues bien, la jurisprudencia que se considera infringida es la que da prevalencia, en caso de contradicción, a un texto normativo frente a unos planos, realizando la sentencia de instancia una valoración jurídica errónea al transcribir el contenido de la citada sentencia de 11 de junio de 2012, ya que la sentencia, en vez de alcanzar tal conclusión, lo que debió llevar a cabo es tomar en consideración las determinaciones del PORN y del PRUG para llegar a dicha conclusión. Apela, por último, a la STSJ de Andalucía de 21 de marzo de 2014 (Recurso Contencioso-administrativo 1295/2008), que contiene un fallo contradictorio con la citada sentencia de 11 de junio de 2012.

El motivo no puede prosperar.

Necesariamente debemos resolver este motivo de conformidad con lo que —en esta misma fecha— exponemos, de forma mucho más amplia y motivada, en STS que dictamos en el RC 1947/2014, en relación con la citada STSJ de Andalucía de 21 de marzo de 2014. Decimos en la STS de esta misma fecha, en relación con la que acabamos de citar, que *"La sentencia recurrida, argumenta —como en este motivo ocurre— que lo acontecido se limita a la existencia de una antinomia entre el texto del plan y su gráfica, de forma tal que, ante tal divergencia, habrá de acudir al texto del plan. Dicho argumento sería irreprochable si estuviera acreditado su fundamento base, esto es la existencia de tal antinomia, sin embargo, la misma dista mucho de haber quedado acreditada".* Conclusión a la que se llega, después de haber afirmado, con anterioridad y de forma contundente, que *"En coherencia con lo que hemos razonado para estimar el recurso, esta Sala debe partir de lo fallado con carácter firme en la por la sentencia de 11 de junio de 2012 y en consecuencia, procede concluir que los terrenos que comprenden el ST1, deben estar incluidos en la zona C1 del Parque Natural, zonificación que era la existente en el PORN de 1994, al haber declarado la nulidad de la zonificación como C3 contenida en el PORN de 2008".*

SEXTO.- En el motivo tercero la recurrente (88.1.d de la LRJCA) considera producida la infracción del artículo 11 de la Ley 4/1989, de 23 de marzo, de Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y la Fauna (LCE N), ya que el derecho de retracto queda vacío sino existe una memoria económica que le dé cobertura. Precepto que señala que *"Las normas reguladoras de los espacios naturales protegidos determinarán los instrumentos jurídicos, financieros y materiales que se consideren precisos para cumplir eficazmente los fines perseguidos con su declaración".*



En todo caso, lo que debemos advertir es que con tal argumentación el motivo ha de ser rechazado:

a) La "pretensión" que figura al final del motivo esgrimido —por vulneración del expresado precepto— es la "nulidad radical del PORN y del PRUG del Parque Nacional Cabo de Gata-Níjar aprobado en 1994, en virtud del artículo 62.2 de la Ley 30/92 y cuando menos la anulabilidad de la resolución impugnada en virtud del artículo 63.1 de la misma Ley ". No, pues, el acto impugnado en la instancia que fue la Resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de fecha 26 de septiembre de 2006, dictada en el Expediente de retracto legal 446/06, en la que se acordó —mediante el ejercicio del derecho de retracto—, la adquisición de las fincas nº 7.596, 4.808 y 4.802, sitas en el término municipal de Carboneras (Almería), que habían sido adquiridas mediante compraventa por la entidad Azata, S. A..

b) No contiene, pues, referencia alguna —y menos crítica— a la sentencia de instancia que, se recuerda, es lo impugnado en el recurso de casación, y lo que debe ser objeto de crítica.

c) Se trata, pues, de una cuestión nueva, que no fue planteada en la demanda —y, en consecuencia, la sentencia ni siquiera se refiere a ella— en relación con un acto que, ni por vía indirecta, fue impugnado en la instancia.

Así lo ha señalado esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de marzo de 2009 (casación 3419/2005) al indicar: "*...el recurso de casación, por su carácter extraordinario, tiene por objeto la revisión de la aplicación de la ley efectuada en la instancia y no pueden suscitarse cuestiones que no se plantearon ante el Tribunal a quo y por lo tanto no se produjo pronunciamiento alguno del mismo susceptible de revisión en casación. Así lo entiende la jurisprudencia de esta Sala, que se recoge de manera precisa en la sentencia de 24 de junio de 2003 , que a su vez se remite a la de 24 de febrero de 2003, y que "niega la posibilidad de que en sede de un recurso de casación se introduzcan cuestiones nuevas, no planteadas en la instancia (por todas, sentencias de 16 de enero de 1995 , 26 de enero y 12 de mayo de 1999 y 30 de enero de 2001). Tal jurisprudencia se expone con detalle en la sentencia de 5 de julio de 1996, dictada en el recurso de casación número 4689/1993 , en la que se lee que queda vedado un motivo casacional que, al amparo del artículo 95.1.4º de la anterior Ley de la Jurisdicción , suponga el planteamiento por el recurrente de cuestión nueva que no haya sido suscitada en la instancia y que, por consiguiente, no haya sido objeto de controversia ni de decisión en la sentencia recurrida; ello por dos razones: por una parte, porque el recurso de casación tiene como finalidad propia valorar si se infringieron por el Tribunal «a quo» normas o jurisprudencia aplicable (además de si se quebrantaron las formas esenciales del juicio por haberse vulnerado las normas reguladoras de la sentencia o las que rigen los actos o garantías procesales siempre que en este último caso se haya producido indefensión), y resulta imposible , ni siquiera como hipótesis , que pueda producirse aquella infracción en relación con una cuestión que ni siquiera fue considerada y sobre la que, por tanto, no hubo pronunciamiento en la sentencia —omisión que, en su caso, de entenderse improcedente, tendría su adecuado cauce revisor en el motivo de la incongruencia omisiva—; y, por otra, porque tan singular «mutatio libelli» afectaría al mismo derecho de defensa del recurrido(artículo 24.1 CE), en el supuesto de que, sin las posibilidades de la alegación y de la prueba que corresponden a la instancia, se entendiera admisible el examen y decisión de una cuestión sobrevenida a través del recurso de casación con las limitaciones que comporta su régimen respecto a dichos medios de defensa".*

SÉPTIMO.- En el quinto motivo se considera por la recurrente infringido infracción (88.1.d de la LRJCA) el artículo 3.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , que regula el principio de confianza legítima.

Deduce la recurrente tal vulneración —que la sentencia de instancia rechaza en su Fundamento Sexto— de las manifestaciones llevadas a cabo por la Administración demandada, en las que insiste:

a) Manifestación de la Delegación Provincial de Almería de la Consejería de Medio Ambiente, en escrito dirigido a la entidad vendedora de tres fincas (Río Alías, S. A.) en el sentido de que la cartografía del PORN de 1994 reproducía con fidelidad la superficie correspondiente al Sector R-5 de las NNSS de Carboneras "respetando el PORN, como no podía ser de otro modo (sic), la calificación urbanística vigente del suelo en dicho Sector".

b) Otra comunicación del mismo órgano provincial, en respuesta al representante de una de las entidades vendedoras de las fincas, en la que manifiesta —tratándose de la Delegación de Medio Ambiente— que carece de competencias en la materia, en relación con las actuaciones que pretenden llevarse a cabo en las fincas "porque aunque se encuentran dentro del ámbito del Parque ... se sitúan sobre Suelo Calificado Urbanísticamente (sic)".

c) Informe de la Directora Conservadora del Parque —pretendiendo justificar el retracto— en el que se expresan que "Las fincas se sitúan dentro de una de las subzonas de grado de protección D2, dado que las normas subsidiarias de Carboneras ...definieron el Sector R5", con referencia a fechas en las que el Parque "no incluía este territorio en su ámbito de protección".



d) Comunicación de la misma Delegación Provincial (Jefe de Gestión del Medio Natural) en respuesta a la solicitud de colocación de una valla en la que se informa que *"no requiere autorización de dicha Consejería por estar situado sobre suelo urbanizable planificado según lo establecido en la normativa ambiental del Parque"*.

e) Informe de la misma Delegación (Jefa del Departamento del Informes y Sanciones) emitido en expediente sancionador seguido a la recurrente a instancias de la Guardia Civil por llevar a cabo movimientos de tierra en el Sector ST-1, que fuera archivado, por cuanto los hechos denunciados *"se han localizado dentro de un Sector de suelo calificado como urbanizable por el Plan Parcial aprobado en 1988 y zonificado en el PORN ... en la que queda excluida la aplicación de la normativa en materia de Espacios Naturales Protegidos"*.

Por ello, la recurrente se queja de que tales actuaciones no fueran mencionados en la sentencia impugnada, solicitando su integración en la sentencia, pues no dejan de ser contradictorios con el posterior ejercicio del retracto por parte de la propia Administración; apoya su pretensión en importante cita jurisprudencial (STS de 22 de abril de 2013) añadiendo que la confianza legítima que se transmitió a la recurrente igualmente se desprende de la aprobación por parte de la Junta de Andalucía y de las demás Administraciones intervinientes (Ayuntamiento de Carboneras) de todos los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística de precedente referencia; insistiendo en que la recurrente tuvo la convicción razonable asentada en signos suficientemente concluyentes basados en elementos objetivos de que los terrenos que estaban adquiriendo no estaban sometidos al régimen jurídico derivado de su inclusión dentro del Parque, como se deduce de la actuación de la Administración, y de sus propios actos, dando lugar a importantes gastos invertidos.

En nuestra STS de 15 de diciembre de 2006 —entre otras— hemos recopilado nuestros pronunciamientos acerca de la doctrina de los actos propios de la Administración, pues, según la recurrente, es dicho reiterado actuar antes descrito por parte de las Administraciones intervinientes en el supuesto de autos, el crea la convicción de correcta actuación jurídica derivada de la confianza que tales actuaciones transmitían a la recurrente para llevar a cabo la actuación urbanística desarrollada.

Pues bien, en dicha STS citábamos la anterior STS de 13 de junio de 2000, de la Sala Primera de este Tribunal Supremo, en la que se señalaba que *"no puede aceptarse dicho razonamiento del motivo y no resulta aplicable al caso la doctrina de los actos propios, que exige y requiere que los mismos se realicen con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando, estando y definiendo la situación jurídica del mismo y debiendo ser concluyente y definitivo — sentencias, entre otras muchas, de 27 de julio y 5 de noviembre de 1987 , 15 de junio de 1989 , 18 de enero y 27 de julio de 1990 , 31 de enero y 30 de octubre de 1995 —"*, pues *"no pueden reputarse como actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones — sentencias de 9 de febrero de 1962 , 16 de junio y 5 de octubre de 1984 , 23 de junio , 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987 , 25 de enero y 4 y 10 de mayo de 1989 , 20 de febrero de 1990 y 10 de junio de 1994 , entre otras muchas— y requiere que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercida — sentencia de 6 de abril de 1962 — lo que aquí no ocurre, precisando tener eficacia jurídica bastante a producir una situación de derecho contraria a la sostenida por quien lo realice — sentencias de 4 de julio de 1962 , 5 de marzo , 14 de mayo y 27 de noviembre de 1991 , 9 de octubre de 1993 y 17 de diciembre de 1994 —"*, ya que *"han de tratarse de actos que por su trascendencia o por crear convención causen estado, no pudiendo ser alterada unilateralmente la relación jurídica por ellos creada y han de ser hechos de inequívoca significación — sentencias de 7 de octubre de 1932 , 27 de noviembre y 20 de diciembre de 1952 , 30 de enero de 1963 y numerosas posteriores—"*. *"En definitiva —concluye la STS— , el acto propio contra el que no puede ir válidamente aquel que lo realiza es el llevado a efecto con ánimo de producir una consecuencia jurídica, pero han de ser 'los trascendentales' de los que no cabe regresar contradiciéndose por vincular a quien los realiza a un estado o situación jurídica que por su proyección más allá del ámbito unilateral es inalterable — sentencias de 11 de octubre de 1966 y 12 de abril de 1993 —"*. Por otra parte la STS (también Sala 1ª) de 21 de diciembre de 2001 añadía que *"viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto (sentencias de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1992)"*.

Es cierto que la sentencia de instancia no repara —con detalle— en la incidencia que las anteriormente descritas actuaciones de las Administraciones intervinientes, aunque llega a la conclusión de que las mismas no *"han generado una expectativa digna de ser tenida en consideración, obligándola a no ejercer un derecho que legalmente puede ejercitar"*. Y por lo que aquí nos concierne, el razonamiento que la sentencia de instancia utiliza —sin duda partiendo de la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto—, ha de considerarse como correcta y acertada, así como con entidad para no entender infringida por la Sala de instancia la mencionada doctrina jurisprudencial ni el principio de confianza legítima. Aun considerando ciertas las respuestas e informes de la Delegación Provincial de Almería de la Consejería de Medio Ambiente que la recurrente refiere, y, lo que es más importante, siendo obvia la aprobación de todos los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística (que posibilitaron la concesión de la licencia y la actuación material de construcción de un hotel) —y, sin perjuicio de lo que luego diremos—, lo cierto es que, todo ello, no podía impedir el ejercicio del derecho



de retracto por parte de la propia Administración medioambiental, pues de tal actuación no podemos deducir la existencia de vinculación alguna impeditiva, a pesar de todo lo anterior, de la actuación de adquisición de las fincas a través de la vía del retracto de conformidad con los valores ambientales existentes. Esto es, tal cúmulo de actuaciones —que sin duda acreditan una evidente descoordinación administrativa en la gestión de unos terrenos desde las perspectivas urbanística, medioambiental y del protección del dominio público marítimo-terrestre—, sin embargo, no revisten, en modo alguno, los requisitos de vinculación jurídica y eficacia, jurisprudencialmente exigidos, para poder deducir del mismo la imposibilidad de adquirir los mismos por la vía del retracto que nos ocupa. Los efectos que la Sala de instancia deduce de tal actuación (municipal, autonómica y estatal), en modo alguno pueden impedir el ejercicio del retracto, ya que una interpretación contraria implicaría una extrapolación de la mencionada doctrina de los actos propios que no puede ser aceptada, debiendo por ello rechazarse el motivo formulado por la recurrente.

OCTAVO.- Lo mismo ha de acontecer con el *sexto motivo* de los formulados por la recurrente, en el que considera que se ha producido la infracción (88.1.d de la LRJCA) de los artículos 1518.1 y 2 y 453 del Código Civil (CC), al negarse el mayor valor de las fincas teniendo en cuenta las mejoras y gastos realizados.

La Sala de instancia, como sabemos rechazó tal pretensión en la que se incluían *"no sólo los valores de los proyectos técnicos ordenados en su día sino por el valor en venta del aprovechamiento urbanístico patrimonializado con la ejecución del planeamiento"*. Como igualmente sabemos, la Sala rechazó tal pretensión *"porque el precio el retracto queda referido a la transferencia respecto de la cual se ejercita dicho derecho, en consonancia con el valor operante en ese momento"*, cuestionándose la Sala la existencia de tal incremento de valor por el desarrollo urbanístico de las fincas en atención a la circunstancia de tratarse de suelo de especial protección *"sin que aprovechamiento urbanístico alguno esté permitido en el mismo"*, teniendo, además, en cuenta, las sentencias dictadas por la Sala de la Audiencia Nacional en relación con el deslinde del dominio público marítimo-terrestre, y la afectación del mismo a lo construido; sentencias, luego confirmadas por esta Sala.

En síntesis, la recurrente con cita de los artículos 1525 (que se remite a los 1518.1 y 2, así como y 453) del Código Civil, y el 4.3 del mismo (que considera dichas normas como supletorias de las materias regidas por otras leyes), de conformidad con la jurisprudencia que cita de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con el concepto de *"gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida"* (1518.2º CC), y con apoyo en la pericial practicada en autos (sobre la valoración urbanística de las parcelas objeto del retracto, que asciende a un total de 117.576.330 euros), considera que la sentencia de instancia, con la interpretación realizada, ha infringido los preceptos de referencia del CC, y, además, son anteriores a la aprobación del Decreto 37/2008, al que se refiere la sentencia de 11 de junio de 2012, así como anteriores a la misma.

(Debemos advertir que lo aquí reclamado por la entidad recurrente, Azata Patrimonio S. L., es el importe de los terrenos objeto de retracto —que se cifra en un total de 117.576.330 euros—, mientras que, en el RC 520/2014, que resolvemos de forme coetánea y coordinada con el presente, lo allí reclamado hace referencia al valor del hotel construido en los mismos terrenos objeto de retracto).

Insiste la recurrente en la firmeza de los Proyectos de Compensación y Urbanización así como en qué, la afirmación que la sentencia de instancia contiene — *" el precio el retracto queda referido a la transferencia respecto de la cual se ejercita dicho derecho, en consonancia con el valor operante en ese momento"*—, no impide ni excluye la aplicación de los preceptos citados como infringidos.

El motivo no puede prosperar, pues los gastos a los que se refiere —y reclama— la recurrente no pueden contar con la consideración de *"gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida"* previstos en el 1518.2º del CC, pues los mismos — hoy lo sabemos con seguridad— fueron realizados en zona ambientalmente protegida y parcialmente perteneciente a la servidumbre de protección marítimo-terrestre. Esto es, dichas construcciones, aunque pudieran resultar amparadas por autorizaciones, permisos, informes o licencias de las diversas Administraciones actuantes, sin embargo, la característica con la que realmente cuentan, desde la perspectiva medioambiental en la que el retracto se sitúa, es la de *"innecesarios e inútiles"*. Esto es, su propia existencia resulta contradictoria con la finalidad protectora del retracto, o, dicho de otra forma, resultan inviables en el marco de protección jurídica establecido por la normativa medioambiental y de protección del dominio público marítimo terrestre.

NOVENO.- De forma deliberada hemos excluido cualquier referencia a la actuación de buena fe, o no, de la recurrente, y a su pretensión en la instancia de indemnización de daños y perjuicios, pues es cierto que han existido, a lo largo de este complejo conflicto, no solo actuaciones descoordinadas entre todas las Administraciones implicadas, sino, también, algunas de ellas, carentes del rigor exigible.

Más no nos corresponde pronunciarnos sobre ello, pues, tales exigencias de responsabilidad patrimonial penden ante las Salas de lo Contencioso de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de



Andalucía con sede en Granada, en relación con las tres Administraciones implicadas: Administración General del Estado (con competencia en materia de costas y dominio público marítimo terrestre), Junta de Andalucía (con competencia en materia de urbanismo y medio ambiente) y Ayuntamiento de Carboneras (con competencia en materia de urbanismo).

DÉCIMO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación procede condenar a la parte recurrente en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio), si bien, de conformidad con lo establecido en el número 3 de dicho precepto, procede limitar las correspondientes al Letrado de la parte recurrida, a la cantidad de 4.000, a la vista de las actuaciones procesales.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

1º. No haber lugar y, por tanto, desestimar el **Recurso de Casación 1 521/2014** interpuesto por la entidad mercantil **AZATA PATRIMONIO, S. L.**, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Granada, en fecha 10 de diciembre de 2013 , desestimatoria del **Recurso Contencioso-administrativo 2017/2006** formulado por la misma recurrente contra la Resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la **JUNTA DE ANDALUCÍA** , de 26 de septiembre de 2006, por la que se acordó la adquisición, a la empresa Azata, S. L., de determinadas fincas (que habían sido adquiridas mediante compraventa por la entidad Azata, S. A. —luego, Azata, S. L., a su vez integrada mediante la aportación no dineraria de las fincas en la entidad recurrente **AZATA DEL SOL, S. L.** —, sitas, todas ellas, en el término municipal de Carboneras, por el precio de 2.313.896,61 euros.

2º. Condenar a la parte recurrente en las costas del presente recurso de casación, en los términos establecidos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.