



Roj: **STSJ CAT 11748/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:11748**

Id Cendoj: **08019330032017100868**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **07/12/2017**

Nº de Recurso: **65/2017**

Nº de Resolución: **863/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ISABEL HERNANDEZ PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Tercera

ROLLO DE APELACIÓN DE SENTENCIA nº 65/2017

Recurso contencioso-administrativo nº 179/2016

Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Lleida

Parte apelante: Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña

Parte apelada: J.Fontfreda S.C.P Pedro Antonio

SENTENCIA núm. 863

Ilmos/a Sres/a Magistrados/a:

D. Manuel Táboas Bentanachs

Dña. Isabel Hernández Pascual

D. Héctor García Morago

Barcelona, siete de diciembre de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el rollo apelación arriba expresado, seguido a instancia del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña, en su cualidad de parte apelante, representada por el abogado de la Generalitat de Cataluña D. Ramón Mateo Gomis; siendo parte apelada J.Fontfreda S.C.P., y D. Pedro Antonio , representados por la procuradora Dña. Adelaida Espejo Iglesias.

En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma Sra. Magistrada Doña Isabel Hernández Pascual.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Lleida y en los autos 179/2016, se dictó Auto con fecha 24 de noviembre de 2016 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"1.- Dispongo la adopción de la siguiente medida cautelar: Suspensión de la ejecución de las sanciones (obligación de restaurar) impuestas en las resoluciones de los expedientes administrativos.

2.- Comuníquese esta resolución a la Administración demanda a la mayor brevedad".

2º.- En la vía del recurso de apelación, recibidas las actuaciones correspondientes y habiendo comparecido la parte apelante finalmente se señaló día y hora para votación y fallo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación del abogado de la Generalitat de Cataluña tiene por objeto la pretensión de que se revoque en parte el Auto apelado, y se acuerde como medida cautelar complementaria la suspensión del riego de las parcelas afectadas.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso de apelación.

Es admisible el recurso de apelación contra el Auto estimatorio de la pretensión cautelar, por cuanto el mismo versa sobre el deber de restauración de unos terrenos al estado que tenían con anterioridad a la plantación de árboles frutales - al parecer melocotoneros -, de **cuantía indeterminada**.

TERCERO.- Los aquí apelantes, J.Fontfreda S.C.P., y D. Pedro Antonio , interpusieron recurso contencioso-administrativo contra las siguientes resoluciones:

Resolución de 25 de febrero de 2016, del director general de Políticas Ambientales, en la que se desestimó el recurso de alzada contra la resolución de 30 de julio de 2015, del director general de Medio Natural, por la que se impuso a J.Fonfreda, S.C.P., una sanción de multa de 5.001,00 euros y la obligación de restaurar el terreno correspondiente a la **parcela 15, del polígono 15, del término municipal de Torres de Segre** , con retirada de todo el sistema de riego y la plantación existente, y reforestándolo y restituyéndolo a su estado original, por la comisión de una infracción administrativa tipificada en el artículo 76.1 k de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad , en relación con los artículos 15.2 y 17.7.b del acuerdo del Gobierno de la Generalitat 185/2010, de 11 de octubre, DOGC, núm. 5755 de 15 de noviembre de 2010, rectificado núm. 5786 (GOV/185/2010, de 11 de octubre), que aprueba definitivamente el Plan especial de protección del medio natural y del paisaje de los espacios naturales protegidos de la Plana de Lleida y el Plan de gestión de estos espacios.

Resolución de 8 de marzo de 2016, del director general de Políticas Ambientales, en la que se desestimó el recurso de alzada contra la resolución de 17 de julio de 2015, del director General de Medio Natural y Biodiversidad, confirmada en alzada, por la que se impuso a D. Pedro Antonio , una sanción de 5.001 euros y la obligación de restaurar el terreno correspondiente a la parcela NUM000 del polígono NUM001 del término municipal de Torres de Segre, con retirada de todo el sistema de riego y la plantación existente, reforestándolo y restituyéndolo a su estado original, por la comisión de una infracción administrativa tipificada en el artículo 76.1 k) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y de la biodiversidad, en relación con lo dispuesto en los artículos 15.2 y 17.7.b) del Acuerdo de Gobierno 185/2010, de 11 de octubre.

Por otrosí, los actores - apelantes - solicitaron la medida cautelar de suspensión de las obligaciones de restaurar.

El Auto apelado accedió a suspender cautelarmente la obligación de restauración impuesta a los sancionados, por entender que, si bien existía *"un interés público evidente en la resolución que se impugna"* , la espera para la resolución del recurso contencioso-administrativo, *"no producirá la perturbación grave que los intereses generales o de terceros exige la Ley para denegar la medida cautelar, cuando en un caso como el analizado, y conforme a lo antedicho concurre la circunstancia de que la no adopción de la medida, pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima"*.

El abogado de la Generalitat de Cataluña ha interpuesto recurso de apelación contra el expresado Auto, pidiendo una revocación parcial del mismo, para acordar una medida cautelar complementaria de suspensión del riego, lo que viene a suponer un alzamiento parcial de la medida de suspensión de la ejecutividad de las resoluciones recurridas, que el representante de la Generalitat acepta continúen suspendidas cautelarmente, salvo por lo que hace al riego, que, de prosperar su recurso, debe suspenderse, sin que pueda continuar el riego de las parcelas afectadas.

Esa parte alega que en esas parcelas se encuentran **especies a conservar del Anexo I de la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre, de Conservación de las Aves Silvestres** , que requieren espacios agrícolas de secano caracterizados por cultivos herbáceos con barbechos temporales o de larga permanencia, zonas forestales de carácter arbustivo o herbáceo con poca densidad y altura de vegetación, que pueden ser hábitats prioritarios por sí mismos, y presencia de zonas de cultivos arbóreos de secano, como olivos o almendros sin que sean dominantes en el conjunto del espacio.

Las actuaciones sancionadas por las resoluciones recurridas, que se han llevado a cabo sobre parcelas que son hábitats de aves esteparias, según el mismo abogado de la Generalitat pueden provocar su desaparición por la modificación de hábitat, como consecuencia de la eliminación de márgenes que configuran zonas de alimentación y refugio, intensificación agrícola asociada al riego, aumento de pesticidas, variaciones en ciclos



de cultivo, variedades más rápidas en su desarrollo, desaparición de los barbechos, aparición de especies competidoras y depredadoras, eliminación del mosaico agrícola.

Añade que esas modificaciones afectan en diferente grado a las especies de aves esteparias, pues unas pueden ser más tolerantes y otras absolutamente intolerantes a la presencia de cultivos leñosos de alta densidad, y ausencia de zonas forestales poco densas y ausencia de barbecho de baja cobertura y altura de vegetación.

En consecuencia, el abogado de la Generalitat **admite que debería restaurarse la situación del terreno al estado anterior a su transformación en regadíos, o plantar cultivos herbáceos de secano, recuperando el hábitat de las aves esteparias**, si bien **acepta que se mantenga la suspensión cautelar de la obligación de recuperar los hábitats**, limitando el deber de recuperación a la suspensión del riego, lo que podrá beneficiar a las especies menos exigentes con el hábitat, **aunque se mantenga el perjuicio para las aves del Anexo I más intolerantes a la modificación de su hábitat.**

CUARTO.- Parece darse una contradicción entre los argumentos del recurso de apelación, de defensa del imperativo comunitario (artículos 4.1 y 4.2 de la Directiva 2009/147 de Aves , en el sentido dado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, que en sentencia, entre otras, de 27 de febrero de 2003, C-415/01 , Comisión/Bélgica, apartado 15, declaró que *"los Estados deben garantizar que la clasificación de un lugar como ZEPA implique automática y simultáneamente la aplicación de un régimen de protección y conservación conforme con el derecho comunitario"*) y la pretensión deducida en la apelación de alzamiento parcial de la suspensión del cumplimiento de las obligaciones de restaurar los terrenos y retirar el riego para la protección de las aves esteparias. Por ello, por providencia de 24 de octubre de 2017, **para la mejor resolución de este recurso**, se concedió a las partes, al amparo del **artículo 33.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio**, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el plazo de **diez días** para formular las alegaciones que estimasen oportunas sobre el concreto y preciso alcance de lo pedido por el abogado de la Generalitat en la apelación, aclarando **si pretende la protección de todas las aves del ZEPA "Secans del Segrià i Utxesa", o sólo de una parte de ellas**, con la **necesaria concreción de la medida cautelar** que pide que se deje sin efecto, para evitar incongruencias en la resolución de recurso - que deberá ceñirse a la controversia de las partes - y el incumplimiento del imperativo comunitario de aplicación de un régimen de protección y conservación del lugar clasificado como ZEPA, y siempre con la advertencia que no se está prejuzgando el fallo definitivo.

El abogado de la Generalitat aclaró su petición, manifestando que pedía en apelación que:

"1.- Se mantenga la medida cautelar de suspensión de la obligación de restauración del terreno acordada por el Auto impugnado.

2.- Que se acuerde como medida cautelar complementaria la suspensión del riego de las parcelas afectadas".

Por consiguiente, como es de ver, el abogado de la Generalitat, en el recurso de apelación, mantiene la suspensión cautelar de la obligación de restaurar el hábitat de las especies de aves esteparias de la Directiva de Aves, aun admitiendo que algunas de esas aves son incompatibles con la transformación de sus hábitats, y únicamente solicita que se levante la suspensión cautelar respecto de la prohibición de riego.

QUINTO.- Las resoluciones impugnadas sancionan a los apelantes por la comisión de sendas infracciones del artículo 76.1 k de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y de la biodiversidad, en relación con lo dispuesto en los artículos 15.2 y 17. 7 b) del Acuerdo del Gobierno de la Generalitat 185/2010, de 11 de octubre, que aprueba definitivamente el Plan especial de protección del medio natural y del paisaje de los espacios naturales protegidos de la Plana de Lleida y el Plan de gestión de estos espacios.

El artículo 76. 1 k de la Ley 42/2007 tipifica como infracción administrativa *"la destrucción del hábitat de especies vulnerables, en particular del lugar de reproducción, invernada, reposo, campeo o alimentación y las zonas de especial protección para la flora y fauna silvestres"*.

Con arreglo al artículo 1.1 del Plan especial de protección del medio natural y del paisaje de los espacios naturales protegidos de la Plana de Lleida (en adelante, Plan Especial o Plan), su objetivo es el establecimiento de los **aspectos globales y estratégicos de la ordenación de estos espacios protegidos, incluidos en el Plan de espacios de interés natural (en adelante espacio o espacio protegido y PEIN respectivamente) y la red Natura 2000** (en adelante RN2000).

El ámbito de aplicación del Plan especial, con arreglo a su artículo 2.1, es el determinado en sus planos de ordenación. Esto incluye nueve espacios naturales protegidos de la Plana de Lleida, todos ellos incluidos en la red Natura 2000 (como ZEPA y/o como LIC) y el Plan de espacios de interés natural (PEIN). Son los siguientes: Secans de Mas de Melons-Alfés (ZEPA código ES0000021 y LIC código ES5130040); **Secans del Segrià i Utxesa (ZEPA código ES0000480 y LIC código ES5130038)**, Secans de la Noguera (LIC y ZEPA código



ES5130021), Anglesola-Vilagrassa (ZEPA código ES0000321), Granyena (ZEPA código ES0000322), Bellmunt-Almenara (ZEPA código ES0000477 y LIC código ES5130025), Plans de la Unilla (ZEPA y LIC código 5130035); Plans de Sió (ZEPA código ES0000478 y LIC código ES5130036) y Secans de Belianes-Preixana (ZEPA código ES0000479 y LIC código ES5140036).

Determina el artículo 2.2, a los efectos de la delimitación y de la ordenación de este Plan, que el espacio de la **red Natura 2000 de los Secans del Segrià i Utxesa** corresponde a los espacios incluidos en el **PEIN de Utxesa, Erms d'Aitona y Seròs-Tossals de Montmeneu**.

El acuerdo GOV/112/2006, de 5 de septiembre, por el que se designan zonas de especial protección para las aves (ZEPA) y se aprueba la propuesta de lugares de importancia comunitaria (LIC), DOGC núm. 4735, de 6 de octubre de 2006, incluye en su Anexo I, para formar parte de la Red Natura 2000, como **ZEPA, el espacio "Secans del Segrià-Preixana"**, ES5130038, que también incluye en su Anexo II, entre la lista de especies del Anexo I de la Directiva de aves presentes en el referido ZEPA, y finalmente aparece en el Anexo 3 entre los propuestos como lugares de importancia comunitaria (**LIC**).

En el escrito de demanda de los aquí apelantes se hace mención del informe de 12 de diciembre de 2014 de la Sección de Biodiversidad y Actividades Cinegéticas de los Servicios Territoriales de Lleida, de valoración de las afecciones del espacio de Red Natura 2000, en este caso del espacio "Secans del Segrià-Preixana", señalando que la recuperación del hábitat requería de la retirada de los elementos de riego y la restitución de las condiciones naturales forestales anteriores a la transformación mediante la recuperación del perfil natural y de la cubierta edáfica, señalando que sin estas actuaciones, y, en particular, **sin la retirada de los elementos de riego y árboles frutales, no sería posible la recuperación del medio afectado**.

Según otro informe de 10 de junio de 2015, la afectación ambiental que se valora no es el hecho de tener o no tener la concesión de aguas, sino los cambios en los hábitats de afinidad esteparia producidos por la plantación de frutales de regadío.

Otro informe, de 16 de octubre de 2015, dice que el 15 de mayo de 2012 aún no se había realizado la plantación de árboles frutales, que no tiene el mismo impacto que los olivos, sean de regadío o no.

SEXTO.- Con arreglo a la Disposición Transitoria Tercera del Acuerdo GOV/185/2010, "los usos y las actividades disconformes con la ordenación establecida por este Plan especial pueden seguir desarrollándose en sus condiciones actuales, sin perjuicio de la aplicación de estas Normas cuando proceda para garantizar el cumplimiento de los objetivos del Plan especial. **En ningún caso podrán aumentar su intensidad**".

No se plantea la apariencia de buen derecho de las resoluciones recurridas, aun cuando de lo reseñado hasta aquí parece que la demanda puede adolecer de esa cualidad; sino que se trae a colación el conflicto de intereses, entre los de preservación de los hábitats de las especies que el Estado español tiene la obligación de conservar por imperativo comunitario, y los intereses de las apelantes, a quienes la citada Disposición Transitoria Tercera veda o prohíbe la intensificación de actividades, resultando de las actuaciones - provisionalmente y sin perjuicio de lo que se diga en sentencia - que la sustitución de olivos por frutales de hueso - melocotonero - supone una intensificación de la actividad intolerable o incompatible con las aves que por virtud de lo dispuesto en el artículo 4, apartados 1 y 4 de la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre, el Estado español tiene el deber de conservar, preservando sus hábitats.

La medida cautelar se solicita y se concede por el Auto apelado por entender que la ejecución de las resoluciones recurridas y el cumplimiento de la obligación de restauración de las parcelas causará a los actores graves perjuicios económicos, mientras que su suspensión no ha de afectar al interés público ni a tercero.

En primer lugar es de reseñar que no se cuantifican ni acreditan los perjuicios que puedan irrogarse a las apelantes, ni que merezcan la consideración de irreversibles.

Sin embargo, de todo lo expuesto sí que puede tenerse por acreditado, en el ámbito provisional y limitado de las medidas cautelares y sin perjuicio de lo que se resuelva en sentencia, que la suspensión cautelar de las resoluciones recurridas, en lugar de conservar el hábitat de las aves del Anexo I de la Directiva de Aves, y los terrenos protegidos para la preservación de esas aves, como ZEPA y LIC - y, en consecuencia, también EIN -, mantiene la destrucción de los hábitats con incumplimiento del artículo 4.1 - *"las especies mencionadas en el anexo I serán objeto de medidas de conservación especiales en cuanto a su hábitat, con el fin de asegurar su supervivencia y su reproducción en su área de distribución"*, y 4.4 de la Directiva citada 2009/147/CE, de 30 de noviembre, de Conservación de las Aves Silvestres, el último de los cuales obliga a los Estados miembros a tomar medidas adecuadas para evitar, en las zonas de protección de los apartados 1 y 2 del mismo artículo, caso en el que al parecer nos encontramos, e incluso fuera de las zonas de protección, la contaminación o el deterioro de las aves, así como las perturbaciones que las afecten en la medida que tengan un efecto significativo, lo que parece admitir el abogado de la Generalitat y así resulta del informe ya reseñado de 12



de diciembre de 2014, dicho siempre en el ámbito provisional de las medidas cautelares, y sin perjuicio de la sentencia que se dicte en el recurso principal.

Como se ha dicho, según el informe de 12 de diciembre de 2014 de la Sección de Biodiversidad y Actividades Cinegéticas de los Servicios Territoriales de Lleida, la recuperación del hábitat afectado de las aves esteparias del Anexo I de la Directiva de Aves requiere la retirada de los elementos de riego y la restitución de las condiciones naturales forestales anteriores a la transformación mediante la recuperación del perfil natural y de la cubierta edáfica, señalando que, sin la retirada de los elementos de riego y de los árboles frutales, no sería posible la recuperación del medio afectado.

España, como miembro de la Unión Europea, tiene la obligación de conservar los hábitats de las aves del Anexo I de la Directiva de Aves, y, en consecuencia, la de reponer los terrenos afectados por las plantaciones de árboles frutales a su estado anterior, con recuperación del perfil y cubierta de los terrenos, y retirada de los elementos de riego, y siendo así que, dejando a salvo lo que pueda acreditarse en el procedimiento principal, parece que las características esteparias de los terrenos han sido destruidas a niveles intolerantes para las aves esteparias, lo que puede causar un perjuicio irreparable para las mismas, y siendo el interés por la protección de dichas aves de nivel o altura comunitaria, dicho interés debe prevalecer sobre el estrictamente económico de los apelantes, que, por otra parte, ni siquiera han cuantificado para demostrar cuál pueda ser su importancia.

Por todo lo expuesto debería dejarse sin efecto la medida cautelar en su integridad, obligando a los apelantes al cumplimiento inmediato de las resoluciones recurridas y a la restitución de los terrenos a su estado anterior a la plantación de árboles frutales; pero este Tribunal, obligado por la debida congruencia de las sentencias con las pretensiones de las partes y no pudiendo excederse de lo pedido por la parte apelante, debe estimar el recurso de apelación en su integridad y, por congruencia, dejar sin efecto la medida cautelar acordada por el Auto apelado únicamente por lo que hace al riego, prohibiendo inmediatamente el riego de las parcelas afectadas, con la adopción de todas las medidas necesarias para imposibilitarlo absolutamente en cualquier circunstancia, de cuyo cumplimiento deberá informarse a la mayor brevedad posible al Juzgado Contencioso-administrativo de Lleida.

SÉPTIMO.- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, no procede la condena al pago de las costas causadas.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Tercera) ha decidido:

1º) ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el abogado de la Generalitat de Cataluña a nombre de Departamento de Territorio y Sostenibilidad, contra el AUTO arriba indicado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Lleida, dictado en autos 179/2016, y REVOCARLO en el concreto pronunciamiento impugnado.

2º) En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO la medida cautelar** de suspensión de la obligación de cesar en el riego de las parcelas afectadas, **PROHIBIENDO INMEDIATAMENTE EL RIEGO de esas parcelas**, e imponiendo la obligación de adoptar cuantas medidas sean necesarias para **imposibilitar absolutamente su riego bajo ningún concepto**, de lo que deberán responsabilizarse los Servicios Territoriales del Departamento de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Natural de la Generalitat de Cataluña en Lleida, informando a la mayor brevedad posible al Juzgado de Lleida del cumplimiento de este Auto y de las medidas adoptadas para garantizar el cese del riego.

3º) Sin condena en costas.

Con certificación de esta sentencia y atento oficio **en orden a la ejecución de lo resuelto**, procédase a la devolución al Juzgado de procedencia de las actuaciones recibidas.

Hágase saber a las partes que la presente Sentencia no es firme.

Contra la misma podrá interponerse recurso de casación, que deberá prepararse ante ésta nuestra Sala y Sección en un plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde el siguiente hábil al de la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), modificada en por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.



Cuando pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea, el recurso de casación irá dirigido a la Sala 3ª del Tribunal Supremo, y su preparación deberá atenerse a lo dispuesto en el art. 89.2 LJCA .

Asimismo, cuando pretenda fundarse en normas emanadas de la Comunidad Autónoma, deberá estarse a lo establecidos en los Autos de 10 de mayo de 2017, de la Sección de Casación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictados en recurso de casación 3/2017 y 8/2017 , entre otros.

A los anteriores efectos, deberá tenerse presente el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación (BOE nº 162, de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por la lltma. Sra. Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ