



Roj: **STSJ AND 7346/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:7346**

Id Cendoj: **18087330032017100308**

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

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **20/07/2017**

Nº de Recurso: **859/2015**

Nº de Resolución: **1662/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA DEL MAR JIMENEZ MORERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE GRANADA
SECCIÓN TERCERA

RECURSO NÚM. 859/2015

SENTENCIA NÚM 1.662 DE 2.017

Il^{ta}ma. Sra. Presidenta:

D^a Inmaculada Montalbán Huertas.

Iltmo/as. Sr./as. Magistrados/as:

D. Antonio Cecilio Videras Noguera.

D^a María del Mar Jiménez Morera

En la ciudad de Granada a veinte de julio de dos mil diecisiete.

Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el **recurso número 859/ 2015**, seguido a instancia de la **entidad mercantil CALEBUS, S.A** . representada por el Procurador D. Gonzalo de Diego Fernández y asistida del Letrado D. Juan Luis de Aynat Bañón, contra *"la Orden de 13 de mayo de 2015, por la que se aprueba el Plan de Gestión de la zona especial de conservación Ramblas del Gérgal, Tabernas y Sur de Sierra Alhamilla (ES6110006)"*, siendo parte demandada la **Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio** representada y asistida por la Letrada de la Junta de Andalucía, y, parte codemandada, la **Federación Provincial de Ecologistas en Acción-Almería** , representada por el Procurador D. Andrés C. Alvira Lechuz y asistida del Letrado D. José Ignacio Domínguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso recurso contencioso-administrativo contra *"la Orden de 13 de mayo de 2015, por la que se aprueba el Plan de Gestión de la zona especial de conservación Ramblas del Gérgal, Tabernas y Sur de Sierra Alhamilla (ES6110006)"*.

Admitido el recurso se acordó reclamar el expediente administrativo que ha sido aportado.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda la parte actora expuso cuantos hechos y fundamentos de Derecho consideró de aplicación y terminó por suplicar a la Sala que se dicte Sentencia por la que estimando la demanda declare nulo y anule la Resolución recurrida.



TERCERO.- En su escrito de contestación a la demanda la parte demandada y codemandada se opusieron a las pretensiones formuladas de contrario exponiendo cuantos hechos y fundamentos de Derecho consideraron de aplicación, quedando fijada la cuantía como indeterminada.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba se desarrolló con el resultado que obra en las actuaciones y, no habiéndose acordado el trámite de vista ni conclusiones, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día fijado en autos.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido ponente la Ilma. Sra. D^a María del Mar Jiménez Morera, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dispone el artículo 33.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que *"Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición"*, estableciendo por su parte el artículo 56.1 de la misma Ley que, *"En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración"*, preceptos ambos que obedecen al carácter esencialmente revisor de la función propia de esta vía jurisdiccional y que se habrá de ejercer considerando los términos en que se pronuncia la Resolución recurrida y la concreta fundamentación del presente recurso así como las razones de la oposición a lo que en él se pretende y, ello, a los fines de comprobar la conformidad o no al ordenamiento jurídico de la actuación administrativa impugnada tal y como manda el artículo 70 de la Ley Jurisdiccional .

SEGUNDO.- Hecho el anterior planteamiento y al hilo del mismo se ha de significar que son concretados en la demanda los motivos de impugnación en los que la actora basa su pretensión revocatoria, a cuyo examen se ha de proceder de acuerdo con lo que se acaba de explicitar.

Así, comenzando por su orden, esto es, en cuanto a la omisión de Informe del Consejo Consultivo de Andalucía, se ha de advertir que las partes convienen en la exigibilidad de ese trámite cuando de Reglamentos ejecutivos de las Leyes se trata según viene declarando la doctrina jurisprudencial, quedando reducido el extremo controvertido a cuál es la naturaleza de la Disposición que ahora nos ocupa.

En efecto, mientras que por la parte actora se sostiene que nos encontramos ante *"un reglamento de desarrollo y ejecución"*, la demandada y codemandada se oponen a tal consideración, debate que se ha de solventar a la luz del criterio que se ha venido adoptando por el Alto Tribunal pudiendo ser citada por ilustrativa y reciente la Sentencia de 6 de febrero de 2017 dictada por la Sección 4^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en recurso n^o 1397/2015, (ROJ: STS 332/2017 - ECLI:ES: TS:2017:332), así como la Sentencia de 30 de enero de 2017 dictada por la misma Sección en recurso n^o 1381/2015, (ROJ: STS 393/2017 -ECLI:ES:TS:2017:393).

En ambas se indica que para llegar a la conclusión de que la Orden de que se trate no sea un reglamento autónomo e independiente *"es preciso captar el contenido regulatorio de la Orden"*, y esta no lo será cuando *"se está en la necesidad de dictar la Orden para poder aplicar - ejecutar - las previsiones y las categorías genéricas que prevé la ley y que precisa de ese desarrollo, es decir, de un complemento reglamentario, general y estable que supone esa regulación de detalle para la realización de la concreta actividad (...) que regula y que constituye su ámbito y objeto."*, criterio este que nos lleva a concluir en el sentido de que no cabe el acogimiento de la tesis sostenida por la actora, pues, ni incluso de lo que se destaca y transcribe por su parte se advierten esas circunstancias que se han de dar toda vez que ni las reglas de determinación de la competencia, ni la preceptiva adecuación en todo caso a los principios inspiradores de la Ley, ni su objetivo respecto de las ZEC, ni una vigencia indefinida, nada de eso, comporta que nos encontremos ante una Orden que en sí consista en una necesaria y detallada regulación imprescindible para la aplicación de la Ley 42/2007.

Y, es más, concretamente, se ha de significar que se reitera por el Tribunal Supremo, y así se pone de manifiesto por la Administración demandada, la no exigibilidad del Dictamen del Consejo de Estado en la tramitación de la regulación de los Recursos Naturales *"porque se trata de un instrumento de planificación de los recursos naturales cuyos objetivos y contenido definidos en el artículo 4 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, no ejecutan propiamente esta Ley, en el sentido de precisar, desarrollar o completar sus previsiones normativas, sino que se limitan, más bien, tal y como dice en su inicio ese artículo 4, al estudio de un concreto ámbito territorial con la finalidad de adecuar la gestión de sus recursos naturales a los principios inspiradores de dicha Ley"*, lo que ya se dijo en la Sentencia que se cita de 23 de julio de 2008 dictada por la Sección 5^a de la Sala Tercera en recurso n^o 4949/2004, (ROJ: STS 5350/2008), y en otras muchas posteriores de la misma Sección como la de fecha 30 de octubre de 2014 dictada en recurso n^o 3229/2012, (ROJ: STS 4304/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4304), y la



de 24 de octubre dictada en recurso nº 151/2013, (ROJ: STS 4305/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4305 , argumento el transcrito que resulta de utilidad en el caso que nos ocupa habida cuenta de su correspondencia con el objeto del Plan que impugnado según referencia y transcripción hecha por la parte actora de su epígrafe 1.2.

TERCERO.- Solventado en los términos que anteceden el debate suscitado en primer término es el extremo relativo a la falta de zonificación al que ahora se ha de atender, y, ello, con la finalidad de determinar la incidencia de tal omisión en la cuestionada validez del Plan.

Pues bien, para comenzar y porque es importante centrar el debate, señalar que no es controvertido el dato de que la previsión normativa que rige acerca del acto en sí de zonificar se presenta en términos de mera recomendación, integrada en las Directrices de Conservación de las Zonas ZEC de la Red Natura 2000, aludiendo a que tal proceder *"puede ser una herramienta útil"*, calificación esta que, además de formularse como mera posibilidad, convive con la advertencia que también acoge la misma recomendación de que la zonificación *"puede no ser necesaria en todos los casos"*.

Resulta pues que en orden a lo que ahora nos interesa solventar, esto es, las posibles consecuencias invalidantes de la falta de zonificación, se ha de destacar, no ya solo el carácter no imperativo de la norma que la prevé como opción posible y aconsejable en no todos los casos, sino también que, en definitiva, sería una determinación de índole técnica la única que serviría para decidir la conveniencia o no de la omitida actuación y, llegados a este punto y partiendo por lo explicitado de que, consecuentemente, no nos encontraríamos en ningún caso en los supuestos de nulidad o anulabilidad por infracción de preceptos normativos que se contemplan en los artículos 62 y 63 de la ya derogada pero entonces vigente Ley 30/1992 , se ha de traer a colación el argumento impugnatorio que, a modo de cierre del planteamiento que se hace en el fundamento segundo de la demanda, viene a decir que *"La decisión de no adoptar zonificación, sin motivación ni justificación alguna, orillando la propia recomendación de las directrices se residencia en una nuda voluntad administrativa que se aparta de la potestad discrecional para alojarse definitivamente en la arbitrariedad. Por lo que entendemos, y sostenemos que el Plan deberá declararse Nulo por la sentencia que suplicamos."*

Significar que la misma conclusión, es decir, a la calificación como arbitraria de la actuación de la Administración, llega también la parte actora en atención a que, según sostiene, el Plan impugnado *"se ha apartado de manera abisal e injustificadamente de los informes sectoriales obrantes en el Expediente Administrativo"*, consideración esta que, obviamente y por no quedar vinculada a una realidad, que no consta, sobre el carácter vinculante de los Informes de que se trate, resulta también inútil a los fines de justificar que nos encontramos en el caso de esa infracción de normas jurídicas que conllevaría la revocación que se pretende.

Por tanto, descartada la concurrencia de infracción normativa únicamente la invocada desviación de poder prevista en el apartado 1 del precitado artículo 63, que, por cierto, constituye realmente la esencia del motivo impugnatorio que denuncia arbitrariedad, quedaría como argumento que pudiera dar lugar a la estimación de lo suplicado por la parte actora.

CUARTO.- En efecto, junto con las transgresiones normativas de diverso rango en la precitada Ley procedimental se acogía el supuesto de desviación de poder elevándola al grado de infracción del ordenamiento jurídico y reconociéndole por tanto las consecuencias invalidantes que ello conlleva, siendo así necesario a los fines de comprobar la legalidad de lo que ahora se recurre y la procedencia de lo que se pide en la demanda solventar el planteamiento hecho en la demanda que, en esencia, consiste en afirmar que el Plan de Gestión que nos ocupa *"en el fondo persigue un fin distinto del interés público querido por el legislador"*.

Pues bien, por citar algunas de las más recientes cabe hacer alusión a las Sentencias de 21 de junio de 2017, dictada por la Sección 5ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en recurso nº 1421/2016, (ROJ: STS 2443/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2443); la de 19 de junio de 2017 , dictada por la Sección 3ª de la misma Sala en recurso nº 2640/2014 (ROJ: STS 2433/2017 - ECLI:ES: TS:2017:2433), y la de 13 de junio de 2017 dictada también por esa Sección en recurso nº 288/2015 (ROJ: STS 2381/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2381), acogiéndose en ellas la reiterada doctrina que, en orden a la demostración de la desviación de poder, vienen a establecer que es la parte que la invoca quien tiene que probar *"cumplidamente"* el *"comportamiento encaminado a una finalidad ajena a la legalidad"*, *"descarrio teleológico"* que no se demuestra si *"el alegato esgrimido se fundamenta en genéricas alusiones, a lo sumo insinuaciones, que no proporcionan un sustento consistente sobre el que fundar la invalidez que se postula."*, situación esta de insuficiencia probatoria que es la que se considera concurrente en el caso que nos ocupa y que determina que no pueda acogerse tampoco tal motivo de impugnación al amparo de 70.2 de la Ley Jurisdiccional.

QUINTO.- Significar por último que a lo que se acaba de exponer no constituye obstáculo la alegación hecha por la parte actora de que *"la lectura e inteligencia del Plan no contempla ni considera estos mandatos legales"*



(ya no son ni recomendaciones ni directrices) fijados con precisión en la Ley de la que se aparta", refiriéndose con ello a al artículo 42 y 46 de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad .

En efecto, si a lo que se refiere el artículo 46 es a medidas de conservación "necesarias"; a "Adecuados" planes e instrumentos de gestión; a medidas "apropiadas", y, si a través de todo ello se habrá de cumplir con lo que establece el artículo 42, resulta con evidencia que nos encontramos ante una previsión normativa que contempla la actuación administrativa que regula desde la perspectiva de la potestad discrecional que legítimamente la puede amparar, y, siendo ello así, igualmente sería preciso demostrar, y no se ha hecho, que se ha incurrido en arbitrariedad con el resultado de la desviación de poder que se dice producida, afirmación esta de la parte actora que ya se ha dicho que no puede ser acogida.

SEXTO.- La desestimación del presente recurso es por tanto lo que procede, lo que, en orden a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , supone que las costas procesales que se hubiesen causado sean a cargo de la parte actora, si bien, haciendo uso de la posibilidad prevista en el apartado 3 del mismo precepto no podrán exceder de 1500 euros por el concepto de honorarios de Letrado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, esta Sala, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por la Constitución, dicta el siguiente

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Gonzalo de Diego Fernández en nombre y representación de la entidad mercantil CALEBUS, S.A., siendo a cargo de la parte actora las costas procesales que se hubiesen causado sin que puedan exceder de 1500 euros por el concepto de honorarios de Letrado.

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

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA . El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA . En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 2069000024085915, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D. A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre , salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.