



Roj: **STSJ AND 3146/2005 - ECLI:ES:TSJAND:2005:3146**

Id Cendoj: **41091330022005100518**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **21/10/2005**

Nº de Recurso: **1795/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **EDUARDO HERRERO CASANOVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Ilmos. Magistrados:

Sr. D. Antonio Moreno Andrade.

Sr. D. Eduardo Herrero Casanova.

Sr. D. José Antonio Montero Fernández.

En la ciudad de Sevilla, a 21 de Octubre de 2.005.

Vistos, en nombre de Su Majestad El Rey, los autos 1795/03, seguidos ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en los que ha sido parte actora, la entidad OVILMORA, S.A., representada por el Procurador, Sr. Márquez Díaz, y asistida de Letrado, y demandada, CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE, representada y defendida por el Sr. Letrado de la Junta de Andalucía y turnándose la ponencia al Sr. D. Eduardo Herrero Casanova, se ha dictado esta en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Interpuesto el recurso contencioso-administrativo, se presentó la demanda dentro del plazo legal, en la que se interesó la declaración de nulidad de la Resolución impugnada.

SEGUNDO: La parte demandada en su contestación a la demanda solicitó una sentencia confirmatoria de la Resolución recurrida.

TERCERO: Habiéndose recibido el recurso a prueba, se practicaron las propuestas por las partes.

CUARTO: Señalado día para su votación y fallo esta tuvo lugar con el resultado que a continuación se expone.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Se recurre en el proceso Resolución de 29 de Julio de 2.003 de la Sra. Viceconsejera de Medio Ambiente, que acordó la adquisición, mediante el ejercicio del derecho de retracto de la finca parcela 160 del Coto I de Hato Ratón, sita en los términos municipales de Aznalcazar y Villamanrique de la Condesa (Sevilla) por un precio total de 8.714,68 Euros a la entidad demandante.

Se justifica la citada resolución sobre la base de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley 4/89, señalando como finalidades del ejercicio del derecho de retracto las comprendidas en los números 2 b, "proteger aquellas áreas y elementos naturales que ofrezcan un interés singular desde el punto de vista científico, cultural, educativo, estético, paisajístico y recreativo, como es el caso que nos ocupa del Parque Natural de Doñana, enclave de la finca objeto del retracto" y 2,c, "contribuir a la supervivencia de comunidades o especies necesitadas de protección, mediante la conservación de sus hábitats". En la zona de ubicación de la parcela objeto de retracto,



según consta en el informe emitido por la Directora Conservadora del Parque Natural de Doñana de 30 de abril de 2.002 existe una de las especies de mayor grado de protección que es el lince ibérico.

SEGUNDO.- Hay en la demanda, como denominador común, un alegato que se transmite a los motivos de oposición. Entiende la actora que ha sido despojada de su propiedad sin causa justificada, mas en el caso enjuiciado no estamos en presencia de un despojo o privación de la propiedad por parte de la Administración, sino en el ejercicio por su parte del derecho de retracto sobre una finca rústica, adquirida por la actora mediante compraventa, al amparo de lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4/89, en relación con la Ley 2/89 . Se ha limitado a ejercer un derecho reconocido a su favor legalmente, derecho de retracto de naturaleza administrativa que presupone un derecho de adquisición preferente, que ha obtenido un refrendo de constitucionalidad en las numerosas sentencias en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la materia, pues si bien se recoge que "los derechos de tanteo y de retracto pertenecen, en cuanto institución jurídica, al ámbito de las relaciones jurídico-privadas y, desde esta perspectiva, como derechos reales de adquisición preferente, su regulación es competencia exclusiva del Estado en cuanto integrantes de la legislación civil (artículo 149.1.8 CE), ello no excluye que tales derechos de tanteo y retracto puedan constituirse en favor de las Administraciones Públicas para servir finalidades públicas con adecuado respaldo constitucional, siendo en tal caso regulados por la correspondiente legislación administrativa, e insertándose en las competencias de titularidad autonómica cuando las Comunidades Autónomas hayan asumido en sus Estatutos competencias normativas sobre la materia en que dichos derechos reales se incardinan".

Por tanto, basta para el correcto ejercicio del derecho de retracto el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos, tanto formales como materiales, interesando ahora, a la vista de las alegaciones de la actora, la vinculación de su ejercicio con el cumplimiento de las finalidades dispuestas legalmente para legitimar el mismo. En todo caso, no es posible obviar que aún no siendo exigibles las garantías que se establecen para el instituto expropiatorio, como acto discrecional sí son exigibles las garantías que con carácter general se exige en la actuación administrativa en el ejercicio de potestades discrecionales.

TERCERO.- Alega la parte actora falta de motivación en la resolución que justifique la adopción del acuerdo de ejercer el derecho de retracto, por lo que resulta nula de conformidad con lo establecido en el artículo 62 de la LRJPAC .

El fundamento jurídico de la decisión que acordó ejercer el derecho de retracto fue la aplicación del artículo 10, párrafo tercero de la Ley 4/1989, de 27 de Marzo, de observación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres , conforme al cual 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 el interior del mismo.

El número 2 del mismo artículo enumera las razones que justifican la protección de esos espacios, y que constituyen la razón de ser del reconocimiento a la Administración Pública del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que autoriza el número 3. Los cita la resolución y son las de proteger aquellas áreas y elementos naturales que ofrezcan un interés singular desde el punto de vista científico, cultural, educativo, estético, paisajístico y recreativo, como es el caso que nos ocupa del Parque Natural de Doñana, enclave de la finca objeto del retracto, y contribuir a la supervivencia de comunidades o especies necesitadas de protección, mediante la conservación de sus hábitats. Dice la resolución que en la zona de ubicación de la parcela objeto del retracto, según consta en el informe emitido por la Directora Conservadora del Parque Natural de Doñana, de fecha 30 de Abril de 2.002, existe una de las especies con mayor grado de protección actual que es lince ibérico. El informe especifica que "es zona privilegiada para el merodeo del lince ibérico, ya que en sus alledaños encuentra comida y cobijo, tanto por la abundancia de conejos, como por su variedad flora mediterránea en el colindante Coto II"....para añadir un largo elenco de fauna y flora existente, concluyendo que sería muy necesario en estas parcelas del Coto I ejercer el derecho de retracto, por los motivos expuestos que redundarían en la mejora de la protección de una de las zonas mas idóneas para la conservación de flora y fauna existentes.

A la vista de la resolución recurrida y del informe obrante en el expediente, no es posible sostener que la resolución está inmotivada y que le causa indefensión a la parte actora, habida cuenta que resultan claras y evidentes las razones que motivan el ejercicio del retracto, razones que además engarzan y encajan con las finalidades que legitiman y autorizan legalmente el retracto; y es que no cabe confundir falta de motivación con motivación insuficiente o inadecuada, que es a lo que parece referirse la actora cuando alude a la falta de seriedad y rigor de las razones recogidas, y así asegura que mientras que los terrenos colindantes de la Administración están abandonados a su suerte, las parcelas en cuestión son objeto de un cuidado y tratamiento acorde con el medio ambiente y compatible con el mismo, resultando ser una explotación modélica y si a ello se une la contradicción en que incurre la Administración, otorgando permiso para cercar la propiedad, realizar podas y demás faenas forestales, para luego ejercer el derecho de retracto, o alegando unas finalidades



que son contrarias a su propia conducta en tanto que tiene autorizada la caza en el entorno, y es precisamente dicha actividad la que supone mayor peligro para la protección de la fauna y en concreto para el lince ibérico por los accidentes que pudieran producirse, ello no hace mas que evidenciar una desviación de poder.

La Sala, sin embargo, no puede compartir el parecer de la parte actora. El hecho de que la Administración haya realizado actos de autorización o incluso subvención para ayudar a la explotación agrícola, en absoluto está reñido con el ejercicio del derecho de retracto, puesto que dichas autorizaciones no determinan sin mas, ni siquiera indiciariamente, que dichos terrenos carezcan de valor a los efectos de cumplir las finalidades que ya hemos visto y que se recogen legalmente, mas cuando en los Parques Naturales resulta plenamente compatible la protección medio ambiental que le otorga dicha calificación con la explotación de los recursos naturales compatibles con la preservación de los valores ecológicos a proteger y conservar, entre los que pueden encontrarse, desde luego, las actividades cinegéticas; no existe incompatibilidad ni contradicción entre el proceder de la Administración ayudando a la explotación de la finca, con el ejercicio del derecho de retracto para cumplir las finalidades previstas.

CUARTO.- Aclarado, por tanto, que existe motivación, estamos, sin embargo, ante un acto puramente discrecional, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, acto discrecional en el que resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión, "la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad". La justificación, por tanto, se nos muestra no como un simple trámite accidental e indiferente para la validez, sino que resulta esencial e insoslayable. Dicha actuación material que le corresponde a la Administración demandada, se ha expresado formalmente a través de un acto jurídico, que, como tal, es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa; en el que se ha expresado el porqué se ejercita ese derecho. Con lo que, a pesar del carácter no reglado del acto, sino dependiente de la mera voluntad de la Administración, una actividad no sometida reglamentariamente, y por lo tanto donde existe una gran libertad de elección entre alternativas jurídicamente indiferentes, en principio, expresado de manera mas clara dicho porqué es necesario examinar si efectivamente el ejercicio del retracto resultaba indiferente para el Derecho.

El sometimiento de la Administración no solo a la ley, sino también al Derecho, artículo 103.1 CE implica el sometimiento de esta a los principios generales del Derecho, entre los que se cuenta el de interdicción de la arbitrariedad, artículo 106 CE, ha de extenderse también a la actuación no reglada enjuiciada bajo dicho criterio. Como ha señalado la jurisprudencia incurre en arbitrariedad la actuación que traspasa los límites racionales de la discrecionalidad y se convierte en fuente de decisiones que no resultan justificadas, sin que quepa en los límites de la discrecionalidad la permisividad para actuar en contra de las mas elementales normas de la racionalidad y buen sentido.

El presupuesto que justifica y dota de fundamento al retracto es que en la zona "existe una de las especies con mayor grado de protección actual que es el lince ibérico". Siendo una facultad discrecional no es función de la Sala entrar sobre la procedencia o no del retracto, de otra forma excedería su función, para sustituir la decisión tomada la Administración por la suya propia, simplemente debe de analizar si la decisión administrativa se ajustó a los criterios y directrices que regula el ejercicio de la potestad discrecional. En definitiva, el examen que la Sala ha de hacer es si el órgano que tiene encomendado el poder de ejercer el retracto, con los datos de que disponía valoró correctamente los hechos acercándose a la solución justa.

Pues bien, a nuestro entender las razones que justifican la decisión se nos muestran de todo punto genéricas e indeterminadas; en el acto objeto del recurso se limita a dar cuenta de que en la zona existe el lince ibérico, en base a un informe escaso y parco en los datos que avalan las conclusiones a las que llega. El informe no contiene una exposición de conocimientos técnicos, artísticos o científicos, sino que se limita a afirmar la existencia de una flora y fauna determinada, y aún cuando ha de predicarse la presunción de veracidad de que gozan los informes emitidos por los servicios técnicos de la Administración, resulta absolutamente relevante a dichos efectos que se contengan en el informe los datos y elementos tenidos en cuenta sobre los que se apoye la fuerza de convicción que debe incorporarse en el informe; mas cuando faltan estos, cuando se limita a una relación de fauna de interés en la zona, sin mas explicaciones, datos, estudios, seguimientos... y la existencia de flora mediterránea con iguales omisiones, resulta evidente que la conclusión a que llega está huérfana de justificación alguna, se convierte en mera opinión, puesto que lo importante, lo que verdaderamente puede servir de soporte al acto que se justifica en un informe, no es la conclusión en sí, sino el proceso a través del cual se ha llegado a dicha conclusión. La resolución, el ejercicio del retracto, se asienta en exclusividad en que en la zona existe el lince ibérico, con una relación genérica de especies de fauna y flora de interés presente en la zona sin mas, y a afirmas que allí merodea el lince, sin datos ni estudios en los que se basa la conclusión, o la experiencia del propio informante, cuando es bien sabido que los seguimientos y controles de dicha especie, al ser un hecho notorio, por la grave situación en que se encuentra, se hace individualmente con censos concretos de población, por lo que de ser realidad el merodeo, debía la Administración poseer



material que ilustre la aseveración, que, como tal, sin datos que la avale, es mera opinión carente de fuerza de convicción, por lo que ha de concluirse que carece de justificación el motivo determinante del retracto; con eso decae la procedencia del ejercicio del retracto asentado sobre un motivo carente del suficiente respaldo que lo justifique, mostrándonos la resolución arbitraria y puramente voluntarista, carente del rigor exigido. El legislador reconoce el derecho en cuestión, no de forma general y sin mas requisito que la mera voluntad del órgano administrativo competente al que se le confiere el derecho, sino en base a unos fundamentos y finalidades concretas, lo que exige que se justifique de forma real y seria su concurrencia a efectos de poder ejercer el derecho.

CUARTO.- No se aprecia mala fe ni temeridad que conllevarían la condena en costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por OVILMORA, S.A. contra la resolución recogida en el Primer Fundamento Jurídico, la cual anulamos por ser contraria al orden jurídico. No se aprecian motivos para la imposición de las costas. Notifíquese a las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno. Firme que sea la presente devuélvase el expediente al órgano de su procedencia, acompañando una copia de la sentencia para su debida constancia y cumplimiento.

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