

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN
JOAQUÍN TORNOS MAS
Universidad de Barcelona

Cómo citar/Citation

Font i Llovet, T., Galán Galán, A., Peñalver i Cabré, A.,
Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2023).
Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa.
Revista de Administración Pública, 220, 321-340.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.220.13>

SUMARIO

I. REVISIÓN DE OFICIO Y PODER JUDICIAL. DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO O RETROACCIÓN DE ACTUACIONES. EL CASO EL ALGARROBICO. II. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONFIRMATORIAS DEL ACTO IMPUGNADO. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS SUBSIGUIENTES DEBE PLANTEARSE EN INCIDENTE DE EJECUCIÓN. III. COMUNICACIÓN PREVIA, GARANTÍA DE LOS INTERESES GENERALES Y RESPUESTA ADMINISTRATIVA. LA IMPORTANCIA DE LOS CONTEXTOS: 1. Introducción. 2. El planteamiento de los hechos y la formulación de la cuestión de interés casacional. 3. La importancia de algunos precedentes a nivel fáctico y a nivel interpretativo. 4. La resolución de la cuestión de interés casacional y su (no) aplicación al caso concreto. 5. Consideración conclusiva. IV. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA.

I. REVISIÓN DE OFICIO Y PODER JUDICIAL. DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO O RETROACCIÓN DE ACTUACIONES. EL CASO EL ALGARROBICO

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2022, rec. cas. 702/2022, es un episodio más dentro de la larga batalla judicial por conseguir el derribo del hotel construido en el paraje El Algarrobico, en Carboneras, Almería. Un episodio más ya que, como veremos, el Tribunal Supremo no accede a la petición de dictar una orden de derribo y remite las actuaciones a un nuevo procedimiento de revisión de oficio de la licencia en su día concedida. En todo caso, como dice la sentencia que comentamos:

[...] la mera lectura de los escritos de las partes permite apreciar que el debate que subyace en esta casación está rodeado de una complejidad extrema que trae causa de actuaciones que se remontan a 2003, fecha de concesión de la licencia cuya nulidad se postula, pero que han provocado hasta trece pronunciamientos jurisdiccionales, sin que sea necesario dejar constancia de la extrema complejidad tanto social como económica y jurídica de la actividad administrativa que se revisa, merced a los relevantes intereses, tanto públicos como privados, afectados que trascienden al debate suscitado.

El Tribunal es consciente de la insatisfacción que puede generar su resolución, al remitir de nuevo las actuaciones a un procedimiento de revisión de oficio de una vieja licencia, mientras el hotel sigue en pie. Seguramente por esta razón, en la parte final de la sentencia, lleva a cabo una declaración que me parece especialmente significativa. El Tribunal afirma que:

[...] este Tribunal es consciente de la especialísima situación que se sigue manteniendo, con nuestra decisión, en unos terrenos cuya adecuada protección viene impuesta por una normativa sectorial que pretende la protección del dominio público y los bienes naturales de especial protección por sus valores medioambientales; pero las garantías procesales no pueden ceder ante una pretendida efectividad de una demolición por la que clama con vehemencia la Asociación recurrente, sin atenernos a los cánones procesales. Es cierto que en todas las actuaciones existe una inadmisibile lenidad de todas las Administraciones involucradas que ha propiciado una actuación carente de toda razón y derecho; pero la solución no puede distorsionar las instituciones jurídicas. Nuestro ordenamiento permite dar solución a tales actuaciones, y de ello se deja constancia en los mismos fundamentos de la sentencia que se revisa; y esas soluciones han de pasar, ciertamente, por la reposición de los terrenos a su estado originario, que debió mantenerse inalterable; pero no puede canalizarse, y es lo relevante para este recurso, con una declaración de demolición adoptada en este momento, desconociendo los derechos, ciertamente complejos y de indudable interés económico, social y jurídico, de todas las partes involucradas; lo que comporta declarar no haber lugar al recurso de casación.

La larga cita, como he dicho, es significativa. El Tribunal reconoce la especial situación que se mantiene en unos terrenos que gozan de protección sectorial por su valor medio ambiental, terrenos en los que permanece la construcción de una enorme masa hotelera de gran impacto visual. Pero la efectividad de la demolición, algo que de hecho la propia sentencia reconoce que debería llevarse a cabo (la solución, dice la sentencia, es la reposición de los terrenos a su estado originario), no puede llevarse a cabo sin el respeto de las garantías procesales, ni puede distorsionar las instituciones jurídicas. Por ello, aunque parece que lamenta el contenido de la sentencia en cuanto a sus efectos, el Tribunal no resuelve a favor de la declaración de nulidad de la licencia y demolición del edificio, pues ello, se dice, supondría desconocer los derechos ciertamente complejos y de indudable interés económico, social y jurídico de todas las partes involucradas.

¿Cuáles son las garantías procesales que no pueden ceder, las que impiden acceder a la verdadera pretensión del recurrente consistente en que se ordene el derribo del hotel? Para el Tribunal es la exigencia de la previa declaración de nulidad de la licencia que amparó la construcción del hotel antes de proceder a su derribo. Declaración de nulidad que exige seguir el procedimiento de revisión de oficio. El Tribunal concluye que es en sede del procedimiento de revisión de oficio donde se puede acordar la nulidad de la licencia. Por ello, entiende que él puede ordenar al Ayuntamiento que lleve a cabo la revisión de oficio de la licencia, pero no puede declarar la nulidad de la licencia ni ordenar, por tanto, la demolición de lo construido.

Expuesta en apretada síntesis la sentencia, recordaremos también brevemente los hechos y algunas de las cuestiones procesales más relevantes.

Los hechos más recientes son los siguientes. Desestimada por silencio la petición de revisión de oficio de la licencia de obras concedida al Hotel Azata de Sol, y la apertura del expediente de demolición, dicho acto presunto fue impugnado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada. El recurso fue estimado en lo relativo a la petición de inicio del expediente de revisión de oficio por posible existencia de nulidad de pleno derecho de la licencia, y desestimado respecto a la petición de inicio del expediente de demolición.

Recurrida la sentencia del TSJ en casación por el Ayuntamiento de Carboneras y por Greenpeace España, el Tribunal inadmite el recurso municipal y admite el de Greenpeace España, señalando respecto a la admisión que la cuestión de interés casacional consiste en determinar si:

[...] en supuestos como el presente en el que pudieran constar en las actuaciones todos los elementos de juicio necesarios y ante la desestimación por silencio administrativo de la Administración municipal respecto a la solicitud de revisión de oficio formulada, puede declararse jurisdiccionalmente la nulidad de una licencia, con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración, tras la anulación de los instrumentos normativos en los que se basó su otorgamiento.

La cuestión de interés casacional queda así centrada en relación a un tema específico de la institución de la revisión de oficio, esto es, si al tener que resolver el Tribunal si procede o no acceder a la cuestión de nulidad planteada por un tercero que reclama a la Administración autora del acto que lo revise de oficio, el Tribunal debe limitarse, en su caso, a estimar el recurso y ordenar a la Administración que lleve a cabo el procedimiento de revisión de oficio, o debe o puede, además, acordar ya directamente la nulidad del acto cuya revisión de oficio se solicita.

Para entrar a resolver esta cuestión el Tribunal debió despejar con anterioridad una cuestión procesal previa que nos limitamos a apuntar. El Juzgado contencioso administrativo nº 2 de Almería había estimado, en una sentencia anterior, la petición de revisión de oficio de la licencia otorgada al hotel, pero esta sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en recurso de apelación. Planteada de nuevo la acción de nulidad solicitando la revisión de oficio, cuando la cuestión llega al TSJ la Administración se opuso a este nuevo recurso judicial ante el mismo Tribunal alegando la existencia de cosa juzgada. El TSJ rechazó este argumento con el que se pedía la inadmisión del recurso afirmando que no se daba una situación de cosa juzgada material al no darse la triple identidad exigida por la normativa procesal, pues concurría un nuevo reclamante y se planteaba una nueva *causa petendi*.

Por tanto, se entiende bien admitido el recurso y estima bien fundada la sentencia del TSJ que por segunda vez no declara la nulidad de la licencia e insta a la Administración que la otorgó a que lleve a cabo el procedimiento de revisión de oficio. No obstante, se admire el recurso casacional frente a la misma. Ahora la pretensión del recurso de casación es que se proceda a la declaración directa de la nulidad de la licencia, sin necesidad de retrotraer las actuaciones para que se inicie por el Ayuntamiento la revisión de oficio, dado que, a juicio del recurrente, constan los presupuestos necesarios para declarar dicha nulidad en este proceso y en esta sentencia. Se aduce en ese sentido que la edificación amparada por la licencia invade la servidumbre de costas, como ya se ha declarado por sentencia firme, así como que se ejecuta en terrenos incluidos en el Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, incluido en la Red Natura-2000. Por ello, se suplica al Tribunal que se case la sentencia de instancia y se dicte otra en sustitución de la misma en la que se declare la nulidad de la licencia concedida para la ejecución de las obras y se ordene la demolición de lo construido. De hecho el suplico incluye dos pretensiones, que se declare la nulidad de la licencia y se ordene la demolición de lo construido.

El Tribunal Supremo, en el fundamento segundo de su sentencia, al tratar de la cuestión casacional, precisa el contenido de los actos procesales de la parte recurrente. En este sentido advierte que en las actuaciones que dieron lugar a la sentencia recurrida el recurrente había solicitado el inicio de la revisión de oficio de una licencia, pero no se había solicitado la declaración de nulidad de la licencia.

Se llega así al núcleo central de la cuestión de interés casacional, que queda fijada en los siguientes términos:

[...] determinar si solicitada la revisión de oficio de un acto que se considera viciado de nulidad de pleno derecho y la Administración no accede a dicha tramitación, pueden los Tribunales, declarar directamente en sus sentencias la nulidad del acto o han de ordenar la retroacción a la fase administrativa para que se pronuncie previamente la Administración.

En relación al tema planteado el Tribunal reconoce que es lo cierto que la jurisprudencia no ha adoptado una regla general, sino que debe estarse a las circunstancias del caso en concreto que se enjuicia. Así, reconoce que existen pronunciamientos en favor de declarar directamente en la sentencia la nulidad, pero también es cierto que son abundantes los pronunciamientos en los que ante el dilema expuesto la jurisprudencia ha optado por retrotraer las actuaciones al momento de la petición no atendida por la Administración para que esta se pronuncie. Por ello concluye que:

[...] a efectos de la cuestión casacional que se suscita en el auto de admisión, no es admisible una respuesta taxativa sobre cuando, denegada la revisión de oficio por la Administración autora de un acto que se considera incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho, debe declararse dicha nulidad directamente por el Tribunal de lo Contencioso al conocer de la impugnación de dicha denegación, o si ha de ordenar la retroacción a la vía administrativa para la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, debiendo estarse a las circunstancias de cada caso para optar por una u otra alternativa.

De este modo, el Tribunal que debe fijar la doctrina nos dice que no está clara la doctrina casacional a fijar, y que hay que estar al caso concreto, sin que tampoco nos diga «qué circunstancias» son las que deberán tenerse en cuenta en cada caso.

Expuesta la doctrina general, fijada esta singular doctrina jurisprudencial, se entra en el examen del caso concreto. El Tribunal concluye que no puede ser acogida la petición de que se declare la nulidad de la licencia y se ordene el derribo del hotel, y no solo por que esta petición esté huérfana de examen y decisión en la instancia, sino por la complejidad que ofrece esa declaración de nulidad. A juicio del Tribunal no parece que, «como se declara en la sentencia de instancia, tales complicaciones jurídicas, e incluso subjetivas por la pluralidad de Administraciones implicadas, puedan resolverse sin que se lleven a cabo los trámites del procedimiento legalmente previsto, es decir, el de revisión de oficio».

De este modo el Tribunal Supremo desestima el recurso casacional de Grenepeace España cuya pretensión era que se declarase que el TSJ no debió limitarse a ordenar el inicio de la revisión de oficio, debiendo declarar la nulidad de la licencia y el derribo de lo construido. Para el Tribunal Supremo la pretensión del recurso interpuesto ante el TSJ consistió en que se iniciara el procedimiento de revisión de oficio, y esta pretensión se estimó. Procede, por tanto, confirmar aquella sentencia, reiterando que debe llevarse a cabo la revisión de oficio, pero

sin que el Tribunal Supremo pueda por su parte acordar directamente la nulidad del acto a revisar, ordenando al mismo tiempo la demolición de lo construido.

Estas objeciones procesales, vinculadas a los expedientes de revisión de oficio, son las que llevan a manifestar al propio Tribunal su insatisfacción con los efectos de su sentencia. Tras más de veinte años y múltiples recursos judiciales se vuelve a la casilla de partida. La doctrina casacional es clara. La acabamos de exponer:

[...] efectos de la cuestión casacional que se suscita en el auto de admisión, no es admisible una respuesta taxativa sobre cuando, denegada la revisión de oficio por la Administración autora de un acto que se considera incurre en vicio de nulidad de pleno derecho, debe declararse dicha nulidad directamente por el Tribunal de lo Contencioso al conocer de la impugnación de dicha denegación, o si ha de ordenar la retroacción a la vía administrativa para la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, debiendo estarse a las circunstancias de cada caso para optar por una u otra alternativa.

Más allá de la discutible doctrina jurisprudencial, lo que nos suscita dudas, e insatisfacción, es entender si en el presente caso, atendiendo a las circunstancias concretas, la opción no debió ser la declaración de la nulidad por el propio Tribunal, abriendo así la vía a la demolición de lo construido. Mas cuando la propia sentencia afirma que en cuanto al fondo lo que procede es la reposición de los terrenos a su estado originario. [JT]

II. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONFIRMATORIAS DEL ACTO IMPUGNADO. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS SUBSIGUIENTES DEBE PLANTEARSE EN INCIDENTE DE EJECUCIÓN

El sistema de ejecución de las sentencias contencioso-administrativas ha avanzado de manera muy notable desde que Maurice Hauriou denunciara que «un juez administrativo que no puede constreñir a la Administración a ejecutar sus sentencias no es un verdadero juez». Los poderes de ejecución del juez contencioso en el ordenamiento español, sobre todo a partir de la Ley Jurisdiccional de 1998, se han ido perfeccionando en la difícil tarea de someter el poder al derecho... y al juez, que para muchos es la clave de todo el derecho administrativo. A pesar de ello, es aún habitual la crítica por los numerosos casos en que el juez contencioso aparece desarmado ante una Administración renuente, o que se limita a simular el cumplimiento, o que se muestra incluso descaradamente rebelde. Solo la amenaza de la vía penal parece estimular a los más perezosos.

No obstante, como es también habitual en otros ámbitos del derecho administrativo, lamentablemente, se repara mucho menos en las abundantes situaciones en que son los particulares los que infringen su deber y obligación constitucional de cumplir las resoluciones judiciales (art. 118 CE), muestra de la poca

atención se presta a la teoría y la dogmática de los deberes de los ciudadanos, más allá de la vertiente tributaria.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2022, Ponente Arozamena Laso, que comentamos (STS 4932/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4932) muestra de forma descarnada las dificultades de la Administración para que una empresa hotelera acate y cumpla las sentencias que han negado su pretensión usurpadora del dominio público marítimo-terrestre y que en cambio han confirmado la legalidad de las actuaciones administrativas en defensa de la integridad de los bienes públicos.

Veinte años antes —veinte—, la STS de 7 de octubre de 2002 había desestimado el recurso planteado por la empresa contra la resolución administrativa de la Demarcación de Costas de Canarias «que ordenó la demolición de la parte de la edificación y obras del “Aparthotel F.” realizadas en la zona de dominio público marítimo terrestre y en la de servidumbre de tránsito litoral». Dicha resolución administrativa se remontaba al año 1996 (i), en relación con unas obras realizadas en el año 1990. La empresa no solo no derribó las obras, sino que ejecutó nuevas actuaciones en el dominio público, lo que motivó una nueva resolución administrativa de 9 de julio de 2020 que extendía a estas otras obras la obligación de derribo ya dictada —en 1996— y confirmada judicialmente.

Se plantea entonces la cuestión de si este nuevo acto puede ser objeto de un nuevo recurso contencioso-administrativo o bien la discrepancia sobre el mismo debe vehicularse por la vía del incidente de ejecución de sentencias. Como es ya sabido, la doctrina y la jurisprudencia primero, y la misma LJCA de 1998 después, abogaron por la «unificación procesal» y potenciación del proceso de ejecución para hacer frente al obstruccionismo administrativo que en ocasiones se produce mediante actos reiterativos del *anulado* o bien de actos fraudulentos, por distorsión del contenido del fallo, fundamentando que lo correcto era proceder a la anulación de aquellos en vía incidental.

Pero ahora nos encontramos en el supuesto, distinto, de que lo que en su caso se reiteraría con la nueva resolución es un acto *confirmado* por la sentencia judicial. La solución, no obstante, debe ser la misma. Debe entenderse como un acto dictado en ejecución y cumplimiento de la sentencia confirmatoria. Así lo indica la STS de 22 de diciembre de 2022:

En este caso, considerado judicialmente que el deslinde de 1979 era correcto, que la situación física del inmueble demostraba invasión del demanio y las zonas de protección, y confirmado el acto que ordenaba la demolición, lo que planteó el recurrente al impugnar la resolución de 9 de julio de 2020 no introducía novedades que implicaran un nuevo debate jurídico no planteado ni resuelto en el procedimiento que dio lugar a la STS de 2002. Lo que se planteaba no era un nuevo debate jurídico, sino un debate sobre el alcance de la ejecución misma de la sentencia, por lo que, como plantea el Abogado del Estado, no procede reiniciar de nuevo un procedimiento desde su mismo inicio para intentar alargar la situación de ilegalidad bajo el amparo de la existencia de un procedimiento judicial en tramitación.

Según el TS, la orden de derribo de las nuevas obras, no incluidas en la primera confirmada por la STS de 2002, no plantea cuestiones nuevas, ni excede jurídicamente de lo sentenciado, sino que viene a «comprobar materialmente si está o no correctamente ejecutada la sentencia», por lo que entiende el Tribunal que «estamos en el ámbito del incidente de ejecución de sentencia». Concluye la Sentencia de forma terminante:

[...] el acto de 9 de julio de 2020 no plantea nada nuevo o inédito, sino que lo único que hace es ampliar la orden de demolición a nuevas instalaciones construidas incursas en la misma ilegalidad, pero la ilegalidad de construir en ese lugar ya ha sido declarada administrativa y judicialmente.

En puridad, la resolución que amplía la orden de derribo a las nuevas obras se entiende como un acto «dictado en cumplimiento o ejecución de un acto administrativo confirmado judicialmente». La ejecución de este último pasa a ser, entonces, una cuestión de ejecución de la sentencia que confirmó su legalidad.

En fin, la doctrina que se fija por la STS de 22 de diciembre de 2022 se refiere a la siguiente cuestión:

Determinar el cauce procesal a seguir en la impugnación de actos dictados en cumplimiento de una previa actuación administrativa confirmada por sentencia desestimatoria: i) si es a través del incidente de ejecución de sentencia, ii) o, por el contrario, es susceptible de impugnación autónoma, dependerá de si se plantean o no cuestiones jurídicas nuevas o inéditas. La determinación de si la ejecución del acto administrativo confirmado judicialmente se acomoda o no a los términos de la sentencia forma parte de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado y, por consiguiente, tales cuestiones habrán de ventilarse en el incidente de ejecución de sentencias sin necesidad de iniciar una nueva impugnación frente a dicha actuación administrativa de ejecución de la sentencia.

Lo que se resuelve en esta sentencia de casación, como se ha visto, es la cuestión de cuál es la vía procesal adecuada en el caso de impugnar un acto dictado en ejecución o cumplimiento de otro ya confirmado judicialmente. Pero yendo un poco más allá, en el fondo de la solución ofrecida parece subyacer una determinada concepción acerca de la naturaleza misma de dicho acto. En efecto, cabría sostener que la nueva orden de demolición, posterior a la Sentencia que había declarado la legalidad de la primera, no se dicta, en puridad, en ejercicio de una potestad administrativa, sino en ejercicio de la obligación de ejecutar lo juzgado en un fallo judicial firme.

Una posición en esta línea ya se había manifestado en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1996, en relación al requerimiento de desalojo de una vivienda de protección oficial dictado por la Administración una vez la jurisdicción había confirmado la legalidad de la rescisión del contrato entre el Instituto Nacional de la Vivienda y el particular. Se consideró entonces que tal

requerimiento no se había dictado en ejercicio de una potestad administrativa, sino en cumplimiento de una sentencia firme.

En cualquier caso, lo relevante de todo lo anterior es hacer ver que todo el esfuerzo por mejorar el sistema de ejecución de las sentencias contencioso-administrativas con la posición preeminente del órgano jurisdiccional sentenciador no obedece únicamente a la necesidad de hacer ejecutar lo juzgado frente a una Administración renuente, sino que también se dirige a reaccionar contra actitudes obstruccionistas de los particulares. Como dice la STS de 22 de diciembre de 2022, habilitar cada vez una nueva impugnación administrativa o judicial contra los nuevos actos sería tanto como dar «carta de naturaleza a un artificio procesal que permitiría la perturbación de la protección del demanio de forma indefinida en el tiempo, y todo ello amparándose en la propia ilegalidad cometida por los recurrentes.» [TF]

III. COMUNICACIÓN PREVIA, GARANTÍA DE LOS INTERESES GENERALES Y RESPUESTA ADMINISTRATIVA. LA IMPORTANCIA DE LOS CONTEXTOS

1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito en los últimos quince años, aproximadamente, sobre los cambios derivados de la obligación de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a los mandatos de la normativa europea, muy en particular de la conocida *Directiva Servicios* (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior) en su afán por propiciar la facilitación del ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, y en particular, en relación con la necesidad de someter a escrutinio la necesidad y proporcionalidad de los requisitos impuestos por la normativa administrativa para hacer posible el desarrollo de dichas actividades. Se ha escrito mucho a nivel de detalle, por la gran pluralidad y diversidad de materias y niveles afectados; pero también sobre las transformaciones conceptuales a las que ha dado paso este escenario. En particular, en el ámbito de la parte general del derecho administrativo ha sido objeto de atención la repercusión de dichos mandatos normativos en los tipos de control administrativo —*ex ante* o *ex post*— a ejercer sobre determinadas actividades y su repercusión en las garantías para los intereses generales y para los derechos e intereses de las personas afectadas, todo ello en relación dialéctica con el procedimiento administrativo, con su ausencia inicial o con los procedimientos de supervisión y control. Unas cuestiones que, recordemos, han tenido como punto de referencia legal la inclusión de un precepto de carácter general relativo a las comunicaciones y a las declaraciones responsables, primero a través de una modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificación introducida por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre) y después a través de la previsión del art. 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En este segundo contexto podemos inscribir el interés de la Sentencia del Tribunal Supremo 1165/2022, de 20 de septiembre (ponente, Román García), objeto de la presente nota.

2. EL PLANTEAMIENTO DE LOS HECHOS Y LA FORMULACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL

La empresa ERIMSA presenta, el 22 de enero de 2019, una comunicación previa de obra de extracción de un mineral para desarrollar una actividad de concesión de una explotación minera. Por Decreto de Alcaldía del Concello de A Pastoriza (Lugo) de 28 de enero del mismo año, se «suspende la tramitación» de dicha comunicación. Fracasado, por silencio administrativo, el recurso de reposición interpuesto, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Lugo, mediante sentencia de 15 de diciembre de 2020, desestima el posterior recurso contencioso-administrativo. Contra esta sentencia se interpone recurso de apelación, que es resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 304/2021, de 9 de julio (ponente, Quintas Rodríguez). En la formulación del recurso de apelación, la empresa ERIMSA destaca que la configuración del instrumento de la comunicación previa hace que la actuación del particular se legitime directamente por ley, no por un título jurídico público condicionante. No se trata, se dice, de un supuesto que haga necesario resolver una solicitud autorizando o no la actividad, sino que estamos de entrada ante un ejercicio libre de una actividad, sin perjuicio de las posteriores facultades de comprobación, control e inspección por parte de la autoridad. En este contexto, se argumenta en la apelación, la decisión administrativa de «suspender la tramitación» equivale a privar de sus efectos al instrumento de la comunicación previa. Se añade, además, que la actuación del municipio en este caso debería ceñirse estrictamente, tras la presentación de la correspondiente comunicación previa, a comprobar la integridad formal y la suficiencia de la documentación desde una perspectiva urbanística, sin entrar a considerar cuestiones ambientales u otros aspectos sectoriales al margen de la competencia local. Como vemos, el recurso pone el acento en una perspectiva que centra el foco de manera aislada en la comunicación previa en sí misma, prescindiendo de otros elementos contextuales que, como veremos, son relevantes.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es desestimatoria. Y lo es, para empezar, porque entiende que el recurso de apelación no hace más que repetir los argumentos esgrimidos en primera instancia, cuando lo que resulta exigible es que se exponga qué errores se habrían producido en la primera sentencia (FFJJ 2 y 3). La sentencia del TSJG señala que los argumentos esgrimidos

por la empresa fueron ya perfectamente abordados por el Juzgado de Lugo, de manera que los hace suyos. Y, en lo que ahora más interesa a efectos de esta nota, el Tribunal Superior de Justicia (FJ 3) hace recaer el énfasis en los pasajes de la sentencia del Juzgado en los que se decía que, siendo cierto que la comunicación previa no exige un acto administrativo, ello no hace desaparecer las facultades de inspección, comprobación y control en manos de la Administración, de modo que, pudiendo el municipio haber declarado la ineficacia de la comunicación por las mismas razones que llevaron a adoptar un acto anterior que estaba pendiente de resolución en vía contencioso-administrativa (luego aclararemos este punto), optó, prudentemente, por limitarse a suspender la tramitación. Se concluye, siempre reproduciendo lo dicho por el Juzgado de Lugo, que la suspensión acordada por el municipio fue ajustada a derecho, puesto que estaba pendiente de resolución jurisdiccional una cuestión que condicionaba de modo directo la eficacia de la comunicación previa presentada en enero de 2019.

Esta sentencia es impugnada por la empresa mencionada en casación. Tras la preparación del recurso, se resuelve su admisión en el Auto del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2022 (ponente, Huerta Garicano). En dicho auto se entiende que se cumple la argumentación exigible para justificar el interés casacional concretamente (no así en otros aspectos, los relativos al grave daño causado a los intereses generales y a la afectación a un gran número de situaciones) en lo relativo a la inexistencia de doctrina jurisprudencial sobre las normas en las que se basa la razón de decidir de la resolución impugnada (RJ 1). Se admite a trámite, así, el recurso de casación y se formula del siguiente modo la cuestión de interés casacional: «[...]determinar si cabe aplicar a las comunicaciones previas a que se refiere el art. 69.2 de la Ley 39/15, las causas de suspensión del plazo máximo para resolver previsto en su art. 22, concretamente la identificada en el apartado g)». La causa de dicho apartado, recordemos, es la relativa a la siguiente circunstancia: «[...] cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, lo que habrá de comunicarse a los interesados, hasta que la Administración tenga constancia del mismo, lo que también deberá serles comunicado». De este modo, el TS identifica como normas jurídicas que habrán de ser objeto de interpretación los arts. 22 y 69.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (RJ 2).

Como vemos, la cuestión se formula en términos abstractos en relación con la compatibilidad entre la aplicación de una causa de suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución a los casos en los que lo que se produce es una comunicación previa de las previstas en el art. 69 de la misma Ley 39/2015. Empero, la clave de la aplicación al caso concreto de lo que se resuelva tiene que ver, como veremos, con el tipo de causa que se halla en el apartado del art. 22 antes mencionado. Lo cual nos lleva a introducir y a explicar la importancia de los contextos.

3. LA IMPORTANCIA DE ALGUNOS PRECEDENTES A NIVEL FÁCTICO Y A NIVEL INTERPRETATIVO

Ya en el relato del Hecho Primero del Auto de admisión antes referido se muestra la importancia del contexto del que procedía el asunto en el que se plantea la pregunta relativa a la «suspensión de la tramitación» decidida por el Concello de A Pastoriza. En él se dice que la decisión de la sentencia del TSJ se basa en la existencia de «un proceso judicial —no resuelto en la fecha en la en la que se acuerda la suspensión del procedimiento— en el que debía resolverse el recurso que la mercantil dedujo contra la declaración de ineficacia de otra comunicación previa presentada con anterioridad, sobre la misma obra e idéntica parcela; proceso en el que debía resolverse, además, la vigencia y validez de una Declaración de Impacto Ambiental que, a juicio de la Sala, condicionaba “directamente la eficacia de la comunicación previa presentada”».

Conviene referirse a dos antecedentes jurisprudenciales, que aparecen mencionados en la sentencia objeto de nuestra nota (concretamente en su FJ 3, al recogerse los argumentos del escrito de oposición), que ayudan a entender mejor, por un lado, el contexto del supuesto de hecho de la sentencia que comentamos, y por otro, el método interpretativo que utilizará el Tribunal Supremo para aplicar su doctrina al supuesto concreto que nos ocupa.

El primer antecedente viene dado por el propio historial de contenciosos interpuestos por ERIMSA, que habían dado ya lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Entre ellos, podemos destacar la STSJG 405/2021, de 22 de octubre (ponente, Fernández López), en la que se da cuenta, en un caso del todo similar al nuestro, de que eran unos treinta pleitos los que había desencadenado dicha empresa a propósito de su explotación minera (FJ 2). En esta misma sentencia, también desestimatoria de un recurso de apelación similar, se nos da a conocer que el mismo modelo de comunicación previa se había presentado ya en ocasiones anteriores para la misma concesión, lo cual dio lugar en su momento a que se declarara ineficaz y a que se recurriera dicha declaración ante los tribunales. En esta misma sentencia se afirma que «no debe pasarse por alto que la empresa minera incurrió en un claro fraude procedimental, al volver a presentar una comunicación previa idéntica a otra sobre la cual se había pronunciado un acto firme en la vía administrativa» (FJ 2). Dicha sentencia concluye que la empresa no puede pretender reabrir ante el TSJG un debate que ya había quedado planteado con ocasión del rechazo de una anterior comunicación previa idéntica. Los mismos elementos los podemos hallar también en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 44/2022, de 9 de febrero (ponente, Cambón García). En esta última podemos leer también que resulta:

[...] palmario que la única justificación de los más de 30 procedimientos tramitados por ERIMSA sobre explotaciones mineras [...] es tratar de evitar una nueva fiscalización de las exigencias medioambientales que ha llevado a la empresa a interponer numerosísimos contenciosos-administrativos cuando hubiese sido

mucho más operativo, rápido e incluso menos costoso, realizar una nueva DIA, siendo obvio que temen que debido a las nuevas exigencias normativas, que no pueden cumplirlas y de ahí esa huida hacia delante; estando indudablemente acreditado que las solicitudes afectan a suelo rústico de protección agropecuaria, forestal, de infraestructuras, de aguas y patrimonio cultural [...] (FJ 4).

Antes de volver enseguida a las circunstancias del contencioso que nos ocupa, el otro precedente viene dado por un caso distinto; pero no menos relevante, en este caso en relación con las técnicas interpretativas a manejar por parte del Tribunal Supremo. Se trata de la STS 1584/2021, de 22 de diciembre (ponente, Román García). En esta sentencia se planteaba la cuestión de si la suspensión de la tramitación de los procedimientos de nuevas plantas de regadío en territorio peninsular, derivada de una disposición transitoria del Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo (por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista) comporta también la suspensión del procedimiento administrativo conducente a otorgar la correspondiente concesión demanial portuaria hasta el levantamiento de la primera, o bien si ésta puede denegarse. La Autoridad Portuaria de Huelva había denegado la concesión administrativa con destino a la construcción y explotación de una de esas plantas, y el Tribunal Supremo, en dicha sentencia, confirmando la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, desestima la casación. Lo que nos interesa destacar de este caso, sin entrar, por supuesto, en la compleja cuestión de fondo, es que esta sentencia apela a un método interpretativo de la normativa aplicable que pone el acento de una manera intensa en el contexto de la situación, en la conexión entre los diversos aspectos involucrados, en la perspectiva sistemática y en la aplicación del art. 3.1 del Código Civil (recordemos: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»), más allá de la literalidad de las normas escritas». En efecto, la sentencia parte de la excepcionalidad del contexto derivada de la regulación adoptada por el Real Decreto Ley indicado (FJ 4) y aprecia, en aplicación del método interpretativo indicado, que «aunque el procedimiento relativo a la concesión y el referido a la autorización de la actividad sean conceptualmente separables, no deja de existir entre ellos una innegable relación de conexidad», de modo que no tendría sentido otorgar una concesión para llevar a cabo una actividad no autorizable (FJ 6). Finaliza así la sentencia este recorrido: «[...] consideramos que en este caso es imprescindible efectuar una interpretación sistemática y finalista de las dos regulaciones específicas que confluyen —atinentes, respectivamente, a la concesión sobre los terrenos y a la autorización de la actividad a ejercer en ellos— atendiendo al contexto y a la realidad social en que se enmarca el debate suscitado, sin

detenernos en una lectura meramente literal de los preceptos antes aludidos». (también FJ 6).

Presentados estos antecedentes, estamos en mejores condiciones para abordar la resolución de la cuestión de interés casacional y sobre todo la apreciación de su incidencia en el caso concreto planteado.

4. LA RESOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL Y SU (NO) APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

Lo primero que hace la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Supremo es contextualizar la controversia (FJ 1). Se recuerda, en efecto, que ERIMSA había presentado una comunicación previa el 25 de abril de 2017 y que por Decreto de Alcaldía de 30 de junio del mismo año se declaró su ineficacia porque se consideraba que la declaración de impacto ambiental necesaria había caducado, además de faltar la aportación del informe autonómico preceptivo por tratarse de suelo rústico de especial protección agropecuaria, disponiéndose asimismo que no se podría instar una nueva actuación al respecto en seis meses. Esta decisión administrativa fue impugnada por ERIMSA. En vía administrativa fue desestimada por silencio, tras lo cual fue impugnada en vía contencioso-administrativa. Dicha impugnación no había sido resuelta cuando la empresa vuelve a presentar pasado un tiempo otra comunicación previa, la controvertida en nuestra sentencia, con el mismo objeto. Como sabemos, la Administración municipal optó por prudencia simplemente «suspender» su tramitación, teniendo en cuenta que estaba pendiente de resolución la controversia antes indicada.

A partir de aquí, como hemos anticipado, la sentencia del TS pasa a dar respuesta a la cuestión de interés casacional de modo abstracto, en primer lugar, y a apreciar su proyección en las circunstancias concretas del caso, en segundo lugar.

La respuesta abstracta a la cuestión de interés casacional no ofrece dudas. No son aplicables las causas de suspensión del plazo para resolver del art. 22 de la Ley 39/2015 a las comunicaciones (previas) a las que alude el art. 69.2 de la misma ley. A nivel conceptual y abstracto, como decimos, la cuestión no suscita dificultad especial: en aquellos casos en que, de acuerdo con la normativa comunitaria antes citada y toda su transposición y aplicación a nuestro país, se ha pasado de un régimen de autorización a un régimen de comunicación o declaración responsable, en realidad el procedimiento administrativo, en ese momento, ha dejado de existir, puesto que no estamos ante una solicitud que requiera un acto administrativo que dé respuesta a la misma, sin perjuicio de las posibilidades de supervisión y control a posteriori. Y las causas de suspensión del plazo para resolver del art. 22 van referidas, como es obvio, a un procedimiento administrativo. Afirma la sentencia, así, que «lógico será concluir que existe una dificultad conceptual — más bien, imposibilidad— para aplicar directamente a la comunicación previa las causas de suspensión del plazo para resolver, que están previstas para aquellos procedimientos» (FJ 5).

Dicho esto, lo que más interés suscita de la sentencia son las consideraciones que realiza el TS, en el FJ 6, en relación ya con el supuesto concreto. Simplemente, el TS concluye que dicha doctrina, clara y obvia, no resulta aplicable al caso. Y no resulta aplicable por la complejidad del supuesto, consistente, como ya hemos ido viendo, en que la comunicación presentada era reproducción de otra anterior declarada ineficaz, dando lugar a una controversia que estaba pendiente ante los tribunales. Haber declarado de nuevo la ineficacia de la nueva comunicación, dice el TS, hubiera conducido con toda seguridad a un escenario de nuevas impugnaciones, contrario al principio de economía procesal. Reconoce el TS que la aplicación formal del art. 22.1.g de la Ley 39/2015, así como el uso del término «suspender la tramitación», no acaban de ser correctos; pero entiende también que suspender la eficacia de la comunicación de modo temporal está lleno de sentido «lógico y jurídico», ya que resulta evidente la conexión existente entre las comunicaciones presentadas por la empresa recurrente. En estas circunstancias, el TS apela directamente al art. 3.1 CC —como vimos que había hecho en un precedente jurisprudencial que antes hemos destacado— para concluir que, de acuerdo con una visión finalista, dicha decisión de suspensión temporal de eficacia no deja de contar con una cobertura legal cierta, como es la de previsión de las facultades de comprobación, control e inspección contenidas en el apartado tercero del art. 69 de la misma Ley. Y se aclara que, si bien, siguiendo el esquema conceptual de estos instrumentos de intervención *ex post*, el sujeto puede iniciar la actividad desde el día en que presente el documento sin necesidad de obtener autorización alguna, ello no equivale a una facultad ilimitada o exenta de control, desde el momento en que, por ejemplo, el apartado cuarto del art. 69 dispone la imposibilidad de continuar con la actividad en determinados casos. De modo que la decisión municipal se considera acertada y amparada por la ley.

5. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA

Como hemos indicado al principio de esta nota, ya se han destacado en nuestra literatura administrativista las bondades de los instrumentos de control debidamente proporcionados en relación con las actividades de servicios; pero también las limitaciones o peligros que puede entrañar una mala comprensión o desarrollo de los instrumentos basados en comunicaciones o declaraciones iniciales con eventuales controles *a posteriori* por parte de la Administración. La ausencia de entrada de un auténtico procedimiento, con las carencias que ello puede conllevar para la protección de los intereses generales y para los derechos e intereses de todas las personas afectadas (protección que en modo alguno la normativa europea permite soslayar) figuran en un lugar destacado de los problemas detectados. Una aplicación puramente formal o aislada de determinados instrumentos en determinadas situaciones, sin ir acompañada de una aprehensión más global de las situaciones jurídicamente relevantes, podría resultar dañina. La sentencia objeto de esta nota presenta el interés de contextualizar el uso de dichos instrumentos

para evitar precisamente ese daño a los intereses generales, haciendo uso de la caja de herramientas interpretativas tan bien compiladas en el art. 3.1 CC, cuya utilización no deja de ofrecer episodios de interés en un mundo complejo. [FJRP]

IV. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

Uno de los sectores normativos ambientales con más impacto en la propiedad privada es la legislación de espacios naturales protegidos y, en particular, la que proviene de la Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (en adelante, Directiva Hábitats) y su posterior transposición por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad (en adelante, Ley 42/2007).

En dicha legislación se establecen competencias tanto de la Unión Europea (UE) como de los Estados, cuyo alcance es objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo 1581/2022, de 29 de noviembre (sección 5ª, ponente Wenceslao Olea Godoy), en relación con la delimitación del ámbito territorial de un espacio natural protegido como Lugar de Interés Comunitario (LIC) y Zona de Especial Conservación (ZEC) de la Red Natura 2000. Debemos recordar que la aprobación de un LIC corresponde a la Comisión de la UE y su posterior declaración obligatoria como ZEC, dentro del plazo de seis años, corresponde a los Estados (en el Estado español, la Administración estatal o la autonómica en función del tipo de espacio natural). La sentencia del Tribunal Supremo que comentamos examina dos cuestiones principales. La primera si la comunidad autónoma puede alterar los límites de este espacio natural declarado como LIC, excluyendo una finca de propiedad privada, en ocasión de la aprobación de su plan de gestión como ZEC, o bien debe instar la modificación de su ámbito territorial a la Comisión de la UE, que lo fijó al aprobarlo como LIC. Y la segunda, si esa exclusión puede estar fundada en una previa declaración de los tribunales españoles que impone la obligación a la comunidad autónoma para que ejercite las acciones oportunas para la modificación de la ZEC con el fin de excluir la finca cuestionada del LIC ante la Comisión y, en su caso, ante el TJUE. En relación a esta cuestión, también hace algunos apuntes sobre la vía procesal para exigir el cumplimiento de una STS anterior que establecía la obligación a la comunidad autónoma de instar dicha modificación a la Comisión de la UE. A continuación, comentamos los aspectos más relevantes de la Sentencia del Tribunal Supremo 1581/2022, de 29 de noviembre, que giran sobre estas dos cuestiones enunciadas.

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación que la Junta de Andalucía interpuso contra la Sentencia 1592/2021, de 20 de octubre, de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de Sevilla (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló parcialmente la resolución de 6 de mayo de 2019 de la Dirección General de Medio Natural, Biodiversidad y Espacios Protegidos de la Junta de Andalucía que aprobó los anexos del Plan de Gestión de la ZEC de Acebuchales de la Campiña del Sur de Cádiz (ES6120015). La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía acogió los argumentos de la empresa recurrente que alegaba que 700 Ha de las 1.800 Ha de la finca de su propiedad no reunían los requisitos para integrarse en la Red Natura 2000 (en concreto, los valores ambientales) para ser declarados como ZEC y declaró que se excluyera dicha finca del ámbito del Plan de Gestión.

Antes de examinar la sentencia del Tribunal Supremo, resulta imprescindible citar tres antecedentes judiciales importantes de este caso.

Primero, la recurrente presentó un recurso de anulación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) contra la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2006 que aprobó los LICs de la región biogeográfica mediterránea (*DOUE* 259, de 21 de septiembre de 2006) donde constaba el que incluía su finca. Pero fue inadmitido por falta de legitimación activa para interponer dicho recurso en base a la interpretación restrictiva que el TJUE viene haciendo del art. 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Segundo, ante la inadmisión del recurso de anulación al TJUE, la recurrente recurrió la Propuesta de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de LICs para el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la que constaba el LIC Acebuchales de la Campiña Sur de Cádiz (código ES 6120015), donde originariamente figuraba su finca. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla de 15 de noviembre de 2012 (RC 883/2009) anuló esta propuesta y ordenó proceder a la redelimitación del perímetro en relación a la finca de la recurrente. Posteriormente, esta sentencia fue anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 (RCA 20/2013) por considerar que «una vez aprobado y publicado el listado LIC, que integra la Red Natura 2000, son las Administraciones nacionales (Comunidades Autónomas en España) las que deben aprobar las Zonas de Especial Protección, que pueden ser objeto de impugnación al igual que el resto de disposiciones o actos que incidan en los derechos de los particulares, y en tales procesos será donde deba interesarse el planteamiento de una cuestión prejudicial de validez de la Decisión de la Comisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea». O sea, los límites territoriales de un LIC aprobado por la Comisión no podían ser modificados por las Administraciones estatal o autonómica, sino que, en ocasión del recurso contencioso-administrativo contra la aprobación estatal o autonómica de la ZEC relativa al LIC, el juez o tribunal contencioso-administrativo podía plantear una cuestión prejudicial de validez al TJUE sobre los límites territoriales del LIC.

Y tercero, tras la desestimación del recurso contencioso-administrativo contra la propuesta autonómica de LIC, el paso siguiente de la recurrente fue interponer un recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de la Junta de

Andalucía 1/2015, de 13 de enero, por el que se declaran las ZEC Acebuchales de la Campiña Sur de Cádiz (ES6120015), así como contra la aprobación del Plan de Gestión de la mencionada ZEC de 17 de marzo de 2015. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de septiembre de 2018 (RC 344/2015) estimó parcialmente el recurso. Volvió a confirmar la ausencia de valores ambientales de la finca del recurrente que justificasen su inclusión en la ZEC y con ello, su indebida inclusión en el LIC correspondiente. Si bien declaró que no procedía rectificar la inclusión de la parte de la finca del recurrente en la ZEC por constar en el LIC, estableció la obligación de la Administración autonómica de iniciar los trámites para elevar propuesta de modificación del LIC. En concreto, manifestó que «se mantiene el acto administrativo recurrido por el que se declara ZEC, en cuanto que no es sino aplicación de la decisión de la Comisión que aprobó el LIC, pero se dispone la obligación que tiene la Administración autonómica de iniciar los trámites para elevar propuesta de modificación del LIC Acebuchales en la parte correspondiente a los terrenos de la finca Las Lomas en los términos de la demanda y como se recoge en el informe pericial». Resulta curiosa la posterior puntualización de la sentencia sobre dicha obligación en el sentido de «sí bien no muy ortodoxa desde el punto de vista procesal dado la mecánica revisora de esta jurisdicción, en cuanto que desestima la pretensión anulatoria del recurrente frente al decreto aprobando la ZEC, pero admite que se disponga la obligación de la comunidad autónoma de realizar la propuesta de modificación de LIC». Esta sentencia fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2020 (RCA 8110/2018) que fijó como cuestión de interés casacional que «sí procede al impugnarse la declaración como Zona de Especial Conservación (ZEC), ordenar judicialmente a la Comunidad Autónoma a elevar propuesta de modificación de Lugar de Interés Comunitario (LIC) a la Comisión Europea».

Tras este breve recorrido por los antecedentes judiciales, volvemos al caso que comentamos. Ahora la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía da un paso más al permitir la modificación de los límites del ZEC, en la parte que afecta a la finca del recurrente, en base al incumplimiento de la obligación de la comunidad autónoma, fijada judicialmente con anterioridad, de instar a la Comisión la exclusión de esta finca del LIC. Por ello, en la admisión del recurso de casación, el Tribunal Supremo fija que la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar «si es conforme a derecho la exclusión de la finca de los recurrentes del ámbito del Plan de Gestión de la ZEC “Acebuchales de la Campiña del Sur de Cádiz” so pretexto de la existencia de una condena previa a proponer la modificación del LIC que recae sobre la Comunidad Autónoma». Y se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las dos que hemos mencionado al principio: arts. 4 y 6 de la Directiva 92/43/CEE y artículo 43 de la Ley 42/2007.

El Tribunal Supremo deja bien claro que, en ocasión de la aprobación de los anexos del Plan de Gestión de la ZEC, no se puede excluir de su régimen de protección la finca de la recurrente que está incluida en la declaración de ZEC y LIC. Ahora bien, se plantea qué incidencia tiene que anteriormente se hubiera

reconocido judicialmente a la recurrente el derecho a exigir la obligación de la Administración autonómica a instar ante las instituciones europeas la exclusión de la finca del LIC, por no tener jurisdicción los tribunales españoles para tal declaración ni tener legitimación la actora para instar ante dichas instituciones esa rectificación de la LIC.

En primer lugar, el Tribunal Supremo hace una dura crítica a la actuación de la comunidad autónoma, calificándola de negligente y poco respetuosa con los derechos de la mercantil propietaria de la finca. Destaca que, tras más de veinte desde la actuación inicial y más de cuatro en que se impuso judicialmente la obligación a la comunidad autónoma de instar la corrección de la delimitación de la ZEC para excluir los terrenos propiedad de la sociedad, la comunidad autónoma se ha limitado a adoptar decisiones sobre la gestión de la zona, haciendo caso omiso de instar esta exclusión y con el más absoluto desconocimiento de los derechos de la propiedad de los terrenos.

En segundo lugar, también critica la actuación procesal de la empresa propietaria de los terrenos. Entiende que, en lugar de pretender la anulación de las disposiciones sobre la gestión de la ZEC, debía exigir directamente el cumplimiento de la obligación de la Administración autonómica a instar ante las instituciones europeas la exclusión de la finca del LIC. Y señala que las vías procesales adecuadas son el incidente de ejecución de sentencias o el recurso contra la inactividad, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial.

Y, en tercer lugar, acude a la jurisprudencia del TJUE sobre la obligación de los Estados de proponer a la Comisión la desclasificación de terrenos incluidos en un LIC cuando han perdido los requisitos para su inclusión, así como la vulneración del derecho a la propiedad privada por las restricciones a sus facultades cuando no se cumple con dicha obligación. En especial, se basa en la STJUE de 3 de abril de 2014 (C-301/12, ECLI: EU:C:2014:214) que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juez italiano en el recurso presentado por los propietarios de unos terrenos contra las denegaciones de las Administraciones estatales y regionales de instar la exclusión de los LIC, por cuanto habían perdido sus valores ambientales a causa de la ampliación del aeropuerto de Milán. Según el TJUE:

[...] cuando definitivamente un lugar que figure en la lista de LIC ya no sea capaz de contribuir a la consecución de los objetivos de la Directiva 92/43 y, por tanto, ya no esté justificado que dicho lugar siga sometido a las disposiciones de esa Directiva, el Estado miembro de que se trate estará obligado a proponer a la Comisión su desclasificación. En efecto, si ese Estado no propusiera esa desclasificación, podría seguir utilizando en vano recursos para la gestión del mismo lugar que resultarían inútiles para la conservación de los hábitats naturales y de las especies. Además, el mantenimiento en la red Natura 2000 de lugares que definitivamente ya no contribuyen a la consecución de dichos objetivos no sería conforme con los requisitos de calidad de esa red. La obligación que incumbe a los Estados miembros de proponer a la Comisión la desclasificación de un lugar que figura en la lista de LIC, que ha llegado a ser irremediamente inadecuado para cumplir los objetivos de la Directiva 92/43, se impone con más fuerza cuando dicho lugar incluye un

terreno que pertenece a un propietario que por esa inclusión ve limitado el ejercicio del derecho de propiedad, pese a que ya no esté justificado que dicho lugar siga estando sometido a las disposiciones de esta Directiva. En efecto, como puso de manifiesto la Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones, mientras el lugar considerado responda por sus cualidades a los requisitos que permitieron su clasificación, estarán, en principio, justificadas las restricciones al derecho de propiedad por el objetivo de proteger el medio ambiente pretendido por dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia *Krizan y otros* (TJCE 2013, 5), C-416/10, EU:C:2013:8, apartados 113 a 115). No obstante, si estas cualidades desaparecen definitivamente, el mantenimiento de las restricciones al uso de dicho lugar podría llevar a una vulneración de ese mismo derecho de propiedad.

El Tribunal Supremo aplica esta jurisprudencia al caso planteado para justificar la obligación de los Estados (en nuestro caso, de la comunidad autónoma) de instar a la Comisión la modificación del LIC y, a su vez, un derecho de los propietarios a exigirlo. También constata el incumplimiento de dicha obligación y la utilización en vano de recursos para la gestión del mismo lugar, con la consiguiente limitación del derecho a la propiedad privada de los terrenos por no estar justificado que queden sometidos a las restricciones ambientales derivadas de su inclusión en el LIC.

Finalmente, el Tribunal Supremo termina con las siguientes tres conclusiones. La primera sobre la pervivencia de la delimitación del LIC mientras la Comisión no la modifique: «no ofrece duda alguna que si lo reconocido a los propietarios de la finca, formalmente incluidos en una ZEC, es el derecho a que la Administración nacional inste ante las instituciones comunitarias la modificación de dicha Zona, con el fin de excluirla de su protección, deberá concluirse que, en tanto no se ejerciten esas acciones, debe surtir plenos efectos la declaración de la ZEC en la forma en que se delimitó en la resolución comunitaria correspondiente». La segunda sobre el contenido del derecho de los propietarios a que la Administración autonómica inste a la Comisión la modificación del LIC: «en ninguno de los pronunciamientos jurisdiccionales previos se ha reconocido tal derecho de exclusión. Lo que sí se ha reconocido es el derecho de la propietaria de la finca, y por las vicisitudes a que después deberemos hacer referencia, a que sea la Administración autonómica la que inste ante la Comisión Europea la expresa declaración de que la finca debe estar excluida de la ZEC.» Y la tercera sobre la ilegalidad de modificar la delimitación mediante la aprobación autonómica del plan de gestión de la ZEC: «[...] en la medida que la declaración formal de la ZEC no se ha visto modificada, no es admisible que se pueda alterar su delimitación con ocasión de la aprobación del Plan de Gestión de dicho espacio incluido en la Red Natura 2000». [AP]