

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN CANARIAS (PRIMER SEMESTRE 2017)

ADOLFO JIMÉNEZ JAÉN

Profesor titular de Derecho Administrativo

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

adolfo.jimenez@ulpgc.es

Sumario: 1. Determinación de usos en las Normas de Conservación del Monumento Natural de Bandama. 2. Límites de un espacio natural protegido: prevalencia de la delimitación literal frente a la cartográfica.

1. DETERMINACIÓN DE USOS EN LAS NORMAS DE CONSERVACIÓN DEL MONUMENTO NATURAL DE BANDAMA

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en su Sentencia 391/2016, de 10 de noviembre, estudia el recurso presentado contra las Normas de Conservación del Monumento Natural de Bandama, en la isla de Gran Canaria.

El primer motivo se refiere a la consideración de uso restringido y de protección natural integral del área de la Caldereta, en la que se ubican las parcelas a las que se refiere el informe pericial adjunto, y plantea que la Administración demandada debe delimitar, dentro de esta área, una zona de uso tradicional y de protección paisajística agrícola vitivinícola allí donde se constaten la presencia actual o pasada de viñedos y otros signos de la actividad productiva humana, con las limitaciones que impongan otras circunstancias concurrentes justificadas.

El Tribunal analiza la pretensión y termina rechazándola debido a los valores presentes en dicho lugar, lo que justifica las diversas figuras de protección que le son de aplicación.

En relación con la protección del espacio, este se encuentra protegido tanto por la normativa de espacios naturales como por la Directiva de Hábitats.

Así, comienza recordando las figuras de protección aplicables al lugar. En

primer término, se trata de un espacio catalogado como monumento natural, categoría contemplada en el artículo 48 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, cuyo artículo 48 establece: “Los Monumentos Naturales son espacios o elementos de naturaleza, de dimensión reducida, constituidos básicamente por formaciones de notoria singularidad, rareza o belleza, que son objeto de protección especial”.

En segundo término, dicho espacio se encuentra declarado como lugar de importancia comunitaria, de conformidad con 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 (DOCE, núm. L, de 22 de julio de 1992), y el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y la flora silvestres (BOE, núm. 310, de 28 de diciembre de 1995). En este sentido, la sentencia recuerda que la designación como lugar de importancia comunitaria se fundamenta en los tipos de hábitats del anexo I. Los objetivos de conservación son los siguientes: brezales oromediterráneos endémicos con aliaga; matorrales termomediterráneos y preestépicos; y bosques de *Olea* y *Ceratonia*.

Además, en dicho lugar se encuentran también especies protegidas.

Así, recuerda la sentencia que, atendiendo a la información obtenida en el Banco de Datos de la Biodiversidad, se han inventariado las especies catalogadas que se relacionan a continuación, recogidas en el Decreto 151/2001, de 23 de julio, por el que se crea el Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias (BOC, núm. 97, de 1 de agosto de 2001): *Dracaena draco draco*, *Parolinia glabriuscula*, *Lavatera acerifolia* Cav., *Sideroxylon marmulano*, *Artemisia reptans* y *Kickxia sagittata*.

Además, es área de sensibilidad ecológica y lugar de importancia comunitaria cuya protección deriva del hecho de que la Caldera y el Pico de Bandama constituyen unidades naturales de gran singularidad e interés científico de acuerdo con lo que dispone el artículo 48.2 j del texto refundido antes mencionado.

El Monumento Natural de Bandama está compuesto por dos unidades claramente definidas: el Pico y la Caldera de Bandama. Ambas formaciones son una muestra de procesos volcánicos singulares y cuentan con elevados valores geomorfológicos, florísticos, faunísticos, paisajísticos y patrimoniales (artículo 2 de las Normas de Conservación). Y tiene la consideración de área de sensibilidad ecológica a efectos de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 11/1990, de 13 de julio, de prevención de impacto ecológico.

El Cono, el Pico de Bandama, es además un elemento destacado del paisaje, visible desde gran distancia y con una magnífica panorámica desde su vértice; la Caldera tiene una estructura perfecta, lo que la convierte en una de las más bellas de Canarias.

A partir de este punto, la sentencia expone los fundamentos de su consideración como zona de uso restringido y no de uso tradicional como solicita la demanda. Para ello, acude a la Memoria de las Normas de Conservación, en la que figuran las unidades ambientales homogéneas en relación con las limitaciones y aptitudes de uso, que muestra que, en cuanto a la calidad de la conservación, la totalidad de las unidades ambientales que alcanzan una muy alta calidad quedan bajo categorías de suelo rústico de protección tanto natural como paisajística.

Por su parte, el documento normativo de dichas Normas de Conservación regula la zonificación, clasificación y categorización del suelo, contemplando zonas de uso restringido, es decir, terrenos con alta calidad biológica o elementos frágiles o representativos en los que la conservación admite un reducido uso público de medios pedestres, pero no infraestructuras tecnológicas modernas. Pues bien, la zona de uso restringido se corresponde con áreas de gran valor natural o paisajístico o áreas en que el estado de sucesión vegetal se encuentre próximo a su estado óptimo, como es el caso, entre otros, de la Caldera y el Pico de Bandama (artículo 10).

Por el contrario, la categoría de suelo rústico de protección paisajística vitivinícola, esto es, la solicitada por la parte demandante y que viene regulada en el apartado 5 del artículo 20 del documento normativo (folio 263), coincide con la mayoría de las zonas de uso tradicional relacionadas con el cultivo de la

vid, tales como El Monacal, Hoya del Parrado y El Mondalón, y con aquellas zonas en las que se pretende fomentar, aunque existan otros tipos de cultivos, el cultivo de la vid.

A partir de la anterior exposición, la sentencia concluye, en relación con este punto, que la pretensión de dar al suelo un uso tradicional de protección paisajística no puede prosperar, ya que, tal y como se establece en las normas impugnadas, le corresponde integrarse en la zona de uso restringido y de protección integral debido a su alta fragilidad y sus valores. Esta consideración viene recogida en el artículo 19 de las Normas de Conservación, según las cuales el “Suelo Rústico de Protección Natural Integral” coincide “con la zona de exclusión y de uso restringido propuesta en la zonificación y localizada en la Caldera y Pico de Bandama. El destino de este suelo es la preservación integral de sus valores geomorfológicos, dada su alta fragilidad”. Asimismo, las zonas de uso restringido son las constituidas “por aquella superficie con alta calidad biológica o elementos frágiles o representativos, en los que su conservación admita un reducido uso público, utilizando medios pedestres y sin que en ellas sean admisibles infraestructuras tecnológicas modernas” (artículo 22 TR).

Y, ante esta realidad, se pone de manifiesto que la parte actora no niega dicha realidad ni en su escrito de demanda ni en su informe; este último concreta que “ciñéndonos estrictamente a un punto de vista agronómico consideramos que la mayor parte de estas parcelas podrían ser susceptibles de su recuperación como suelos de cultivo de la vid, debido a que la orientación es la óptima (recibe la humedad de los vientos alisios), el sustrato de picón que lo forma tiene la humedad ambiental, además de permitir el traspaso del calor y facilitar el drenaje de las aguas evitando las escorrentías [...] se deberían estudiar medidas para la recuperación medioambiental de aquellas zonas que no se puedan recuperar para el cultivo de la vid”.

Según la sentencia, del referido informe “lo único que se desprende es que el terreno sería idóneo para cultivar la vid pero en nada refrenda la opinión de la parte demandante respecto a que la prohibición de armonizar en esta zona, la actividad agrícola con la protección de la naturaleza falta a la lógica, la coherencia o la racionalidad. Por lo tanto, desde la perspectiva ‘estrictamente

agrícola' puede hacerse dicha afirmación pero no se ha acreditado que desde el punto de vista ambiental las determinaciones sean incorrectas en orden a la protección y conservación del Monumento Natural en una zona de alto valor natural".

La segunda pretensión viene relacionada con la prohibición de anulación de las limitaciones a la creación de terrazas y al cultivo en espaldera en zona de uso tradicional y en suelo de protección paisajística agrícola vitivinícola, en función de la pendiente del terreno, salvo donde en su caso se justifique en razón al valor natural del entorno inmediato.

La Sentencia empieza poniendo de manifiesto que, de acuerdo con las Normas de Conservación del Monumento Natural de Bandama, sus objetivos son, entre otros, "garantizar la protección y conservación de los valores ecológicos, paisajísticos, productivos y culturales del territorio, [...] garantizar la protección de la flora y de la fauna del Monumento Natural, [...] procurar el mantenimiento en actividad de aquellos elementos y usos del suelo que han definido históricamente el paisaje, incidiendo en la protección de las áreas con mayor valor agrícola, y en la conservación de las prácticas agrícolas tradicionales como método de lucha contra la erosión" (art. 7).

Por su parte, el artículo 64 de las Normas referidas establece, para las terrazas de cultivo en las zonas de uso tradicional, que el terreno deberá tener unas pendientes comprendidas entre el 10% y el 30%, mientras que en los suelos de protección paisajística agrícola vitivinícola el terreno deberá tener unas pendientes inferiores al 20% y, también en estos últimos suelos, el cultivo de la vid con el sistema de espaldera tendrá una limitación consistente en que la pendiente media del terreno no supere el 15%.

A partir de aquí, se acude a la declaración de dos peritos acerca de la justificación de dichas disposiciones. Así, se pone de manifiesto que, en relación con los terrenos contiguos y que son prolongación de los de autos, en el Paisaje Protegido de Tafira, "quedó acreditado que no existe justificación, ni ningún motivo agrológico, paisajístico, ni de otra índole, que justifique este tipo de limitaciones al cultivo de la vid, considerando el perito Ingeniero Agrónomo, además, por otra parte, que le parece un poco arbitrario el establecimiento de

tales limitaciones, quedando asimismo acreditado que la convivencia del cultivo de la vid con las especies silvestres en estas laderas, es perfectamente compatible y además beneficiosa desde la perspectiva de los objetivos de las mencionadas Normas, como sucede en el caso de los objetivos específicos de evitar la erosión de los terrenos, la conservación y protección del paisaje característico, de los elementos de definición histórica del paisaje, la protección de los valores productivos y culturales del territorio en relación con el cultivo de la vid”.

Además, queda asimismo probado “el carácter tradicional de dicho cultivo en la zona, así como los métodos tradicionales de cultivo, a lo que debe añadirse el mantenimiento del perfil de la ladera por apoyarse en la misma ladera de forma escalonada, quedando al propio tiempo mimetizado con la vegetación resultado de la combinación de las vides y las especies silvestres, de un modo imperceptible en cuanto al impacto visual, así como la viabilidad de la convivencia del cultivo de la vid y las especies silvestres, en un tramo de ladera con pendiente superior a las indicadas, compatible con la orografía, e igualmente beneficioso en orden a la consecución de los objetivos de dichas Normas, antes relacionados, además de haber quedado acreditado, por otra parte, la viabilidad del referido cultivo en esas laderas con los métodos tradicionales de cultivo, lo que resulta de las declaraciones de los peritos referidos, a lo que cabría añadir las ventajas derivadas del mejor aprovechamiento de la luz solar, por razones de la exposición solar, en virtud de su ubicación en una ladera con la pendiente que ello conlleva, mencionado por la parte actora y que constituye este mejor aprovechamiento de la luz solar”.

En razón de lo expuesto, la Sentencia estima la demanda en este punto, por lo que anula las limitaciones a la creación de terrazas y al cultivo en espaldera.

2. LÍMITES DE UN ESPACIO NATURAL PROTEGIDO: PREVALENCIA DE LA DELIMITACIÓN LITERAL FRENTE A LA CARTOGRÁFICA

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 443/2016, de 12 de diciembre, analiza el recurso indirecto dirigido contra el Plan General de

Ordenación de San Bartolomé de Tirajana con ocasión de la solicitud de anulación de una licencia de demolición y edificación en suelo urbano. En dicha sentencia se estudia en apelación el recurso dirigido contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de 25 de noviembre de 2015 que estimaba en parte dicho recurso.

Para entender el asunto, debe tenerse en cuenta que dicha licencia se refería a la demolición y nueva construcción de un hotel situado en la Reserva Natural Especial de las Dunas de Maspalomas y afectaba a la consideración de una zona verde situada justo en el límite de dicho espacio; precisamente por ello, la cuestión nuclear que estudia la sentencia es determinar cuál es la delimitación precisa de la Reserva Natural atendiendo a lo dispuesto en la Ley canaria 12/1994, de 19 de diciembre, que la declaró como tal.

El hotel colindante con la Reserva Natural solicitó del Ayuntamiento una licencia para proceder a la modernización de sus instalaciones. La sentencia analiza el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que había anulado la sentencia de demolición del hotel para proceder a su reconstrucción, por cuanto había incluido en el ámbito de la actuación una parte que se halla en la Reserva Natural, concretamente, el Palmeral, que, por estar situado en dicho espacio, tiene la consideración de suelo rústico protegido y, por tanto, no forma parte de la parcela del hotel que se pretende demoler.

El problema surge a la hora de interpretar el límite de la Reserva Natural descrito en la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias. Dicha Ley viene a reclasificar, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, los espacios naturales a los que se refiere la Ley 12/1987, de 19 de junio, de declaración de Espacios Naturales de Canarias. Por lo tanto, no es cierto, como sostiene la sentencia, que la Ley 12/1994 declarara dicho espacio. Concretamente, la disposición adicional primera es clara en este sentido:

Primera.- 1. De conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, los Espacios Naturales a que se refiere la Ley 12/1987, de 19 de junio, de Declaración de

Espacios Naturales de Canarias, quedan reclasificados en los términos previstos en el anexo, literal y cartográfico, adaptados a las categorías dispuestas en esta Ley.

En dicha Ley aparece una doble descripción de los límites de la Reserva. La Ley 12/1987 solo contenía una descripción gráfica del espacio. En cambio, la Ley 12/1994 contiene una descripción gráfica y una descripción literal de este. Pues bien, la sentencia describe la delimitación literal que contiene la Ley y luego la del TR 1/2000, que es la siguiente, en la parte que ahora interesa:

C-7) Reserva Natural Especial de Las Dunas de Maspalomas.

1. La Reserva Natural Especial de Las Dunas de Maspalomas comprende 403,9 hectáreas en el término municipal de San Bartolomé de Tirajana.
2. La delimitación geográfica de este espacio natural protegido se indica en el anexo cartográfico C-7 y se corresponde con la siguiente descripción:
3. Oeste: Desde un punto en el extremo más meridional del Hotel Oasis (UTM: 28RDR 4150 6800) continúa hacia el NE **bordeando la parcela edificada del hotel**, hasta otro punto situado a 300 m al Norte del cruce de entrada al mismo; desde ahí, con rumbo OSO y en línea recta, prosigue unos 125 m hasta un punto situado a 50 m al este de la carretera de acceso al Faro de Maspalomas; desde ese punto, y manteniendo la misma distancia de la carretera, continúa paralela a ella hacia el NNO hasta un punto a unos 750 m de distancia (UTM: 28RDR 4098 6925).

Para el Tribunal, el texto escrito prevalece sobre los planos. Sigue así una jurisprudencia unánime y reiterada que, en caso de contradicción, da prevalencia al texto normativo frente a unos planos que son representación gráfica del texto y, como tales, están sujetos a cálculos y operaciones que pueden ser erróneos. Por todas, citamos la STS de 22 de octubre de 1998 (presidente: Pedro José Yagüe Gil):

Para estos casos, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que debe otorgarse prevalencia al texto normativo (por todas, véase sentencia de 16 de Febrero de 1993), lo que viene, además, avalado en el presente caso por el hecho de que existe un antecedente, que es el Convenio ya citado, el cual puede ser utilizado para venir en conocimiento de cuál fue la voluntad del planificador, que era la de incorporar el Convenio al futuro Plan

General. Y si lo plasmó en la memoria y lo varió en la parte gráfica, es de suponer que la variación fue debida a un puro error material, que, como tal, carece de trascendencia jurídica alguna y puede ser rectificado en cualquier momento.

A partir de aquí, la sentencia analiza el caso concreto y destaca lo siguiente en primer lugar que la divergencia entre el texto y la cartografía que se acompaña a la Ley se concreta en el inciso inicial de tal lindero oeste esto es “Desde un punto en el extremo más meridional del Hotel Oasis (UTM: 28RDR 4150 6800) continúa hacia el NE bordeando la parcela edificada del hotel, hasta otro punto situado a 300 m al Norte del cruce de entrada al mismo”. A partir de ahí se pone de manifiesto que al margen de informes periciales, y la de los posibles errores de las coordenadas, la comparación del texto con el plano que se acompañó a la Ley, pone de manifiesto un patente error en la representación gráfica, que se refiere a que, en lugar de seguir la línea delimitadora “bordeando la parcela edificada del hotel”, que es el texto de la Ley, en el plano se transformó por “bordeando las parcelas edificadas de la urbanización del Oasis” y esto produjo que se excluyera de la Reserva una parte importante de la urbanización del Plan Parcial Oasis y la mayor parte del Palmeral.

A todo ello, y para concretar aún más el criterio que ha de seguirse para delimitar el Espacio Natural protegido, el Tribunal utiliza un argumento sistemático, histórico y teleológico, dando entrada preferente a un criterio ambiental, al meramente urbanístico. Así, el Tribunal: señala que “la descripción de la reserva en su lindero Norte, el texto legal utiliza los términos “borde edificado de la zona urbanizada de Maspalomas”, luego si hubiera querido excluir la totalidad de la zona edificada de la Urbanización del Oasis, nada más sencillo que referir el límite al del Plan Parcial Oasis perfectamente identificable gráfica y literalmente. De ser la intención del legislador excluir de la Reserva la Urbanización del Oasis y el Palmeral que se encuentra en su interior, el límite se hubiera establecido simplemente en el propio Plan parcial. Por otra parte, la Reserva integra en su delimitación zonas urbanizadas y construidas como las que se encuentran en el Campo de Golf de Maspalomas.

Desde una perspectiva teleológica e histórica se llega, señala, a idéntica conclusión, que se resume, según la sentencia:

[...] en la necesidad de considerar la existencia un trinomio ecológico indivisible formado por las Dunas, la Charca y el Palmeral como se ha puesto de relieve en una sucesiva declaración de intenciones formuladas por los órganos de la Administración autonómica, —aunque nunca ejecutadas—, que arranca con el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de 23 de septiembre de 1983 en el que se indicaba primordial la conservación del conjunto de paisajes naturales parcialmente protegidos por el Real Decreto de Creación de la Junta Provisional de Protección de las Dunas de Maspalomas, con voluntad de ampliación al Lago y al Palmeral, mediante la declaración de Paraje Natural de interés nacional.

Sigue con el propio Plan Especial Reserva Natural Especial de las Dunas de Maspalomas de 7 de octubre de 2004, en cuyo artículo 5 se señala como Fundamentos de protección: “La presencia de hábitats naturales prioritarios según la Directiva 92/43/CEE del Consejo de Europa, de 21 de mayo de 1992, de conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, como son el ecosistema lacustre de aguas salobres de la Charca de Maspalomas, el sistema dunar y el palmeral”.

Y finaliza, —por ahora—, en el acuerdo del Gobierno de Canarias, en su sesión de 1 de agosto de 2014 que enfatiza la necesidad de proteger el palmeral y el entorno del Oasis por sus valores en presencia, por lo que ordenó a la Consejería competente que procediera a suspender el planeamiento aplicable —entre otros el PGO de S8T que se impugna indirectamente— para su modificación, al amparo del arto 47 del TR-1/2000, y que como suele ser habitual se ha incumplido.

Todo ello, además de los antecedentes históricos, los estudios biológicos y ambientales y la propia definición de la reserva natural, llevan a la conclusión indubitada de que el Palmeral a que nos referimos reúne suficientes valores como para ser incluido dentro de la Reserva como así hizo el texto de la Ley.

A partir de ahí se declara la nulidad de la clasificación establecida en el Plan General y, como consecuencia de ello, la de la licencia:

Sin perjuicio de lo que luego diremos sobre la necesidad de resolver la impugnación indirecta del PGOU de 1996, —cuestión en la que todas las partes coinciden—, es lo cierto que dicho Plan en cuanto a la delimitación de la Reserva natural tantas veces citada, es contrario a las

determinaciones de la Ley 12/1994 y después del TR 1/2000, por cuya razón es contraria Derecho en cuanto a la clasificación del Suelo de su ámbito y de las parcelas sobre las que se concede la licencia. Efectivamente la Disposición adicional primera de la Ley 12/1994 determina la reclasificación de los espacios naturales que en ella se declaran, —entre los que se encuentra la Reserva Natural de las Dunas— y por imperativo de su art 19.1 Los Parques Naturales y Reservas Naturales se clasifican a los efectos previstos en la legislación urbanística como suelo rústico de protección especial. Esta reclasificación se efectúa cualquiera que sea la que tuviera el suelo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 12/1994, como es el caso de los suelos incluidos en la Reserva natural tantas veces citada que siendo urbanos, —los incluidos dentro del ámbito de la Reserva—, pasan a estar clasificados como rústicos. Ni el Plan General de 1996, ni el acto de concesión de licencias, pueden obviar tal clasificación que opera ex lege y por tanto se impone por su propio designio sin mediación de otro instrumento. Es decir, a pesar de la clasificación que ostentaba el suelo debatido como urbano en la Normas subsidiarias anteriores, desde la entrada en vigor de la repetida Ley 12/1994, se reclasifica a rústico de protección.

Este mismo mandato legal se conserva y refuerza en el Texto refundido 1/2000, Disposición transitoria quinta, cuyo número 2, expresamente concebido para los Parques naturales y las Reservas naturales, —no para los restantes espacios naturales—, reitera que se clasifican, a los efectos previstos en el presente Texto Refundido, y hasta la entrada en vigor del correspondiente instrumento de planeamiento, como suelo rústico de protección natural, y cuyo art. 22.7 impiden que los Planes Directores de Reservas naturales, puedan establecer en su ámbito otra clase de suelo que la rústica.

Por tal razón, tampoco es aplicable lo establecido en los dos Planes directores de la Reserva aprobados en 1999 y 2004, por cuanto su validez está afectada, —entre otras razones que no es del caso examinar—, por la errónea delimitación de la Reserva natural, por la inobservancia de la Ley 12/1994.

Procede, en consecuencia, declarar la nulidad del Plan General de Ordenación

de San Bartolomé de Tirajana en cuanto a la delimitación incorrecta de la Reserva Natural de Maspalomas y, en consecuencia, procede anular también la licencia otorgada.