

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN ANDALUCÍA (SEGUNDO SEMESTRE 2016)

LORENZO MELLADO RUIZ

Profesor titular de Derecho Administrativo

Universidad de Almería

Sumario: 1. Evaluación de impacto ambiental y “ampliación” de una cantera “en” explotación: de cómo la escrupulosidad procesal puede comprometer la protección efectiva del medio ambiente; 2. Alcance del valor probatorio de las actas de los agentes de la autoridad; 3. ¿Cabe oponerse a la ejecución de una sentencia firme alegando la posible afección con la misma al dominio público?; 4. Responsabilidad propia o “por sucesión” de la Administración en materia ambiental; 5. En materia ambiental, ¿la imposición de una sanción pecuniaria es requisito para la exigencia al infractor de los deberes de abono por los daños y perjuicios ocasionados (responsabilidad civil) y de restauración del medio natural agredido (deber de recuperación del estado anterior)?; 6. Requisitos para la inscripción de aprovechamientos hídricos en el Catálogo de Aguas Privadas: la discordancia entre lo que se pretende inscribir y la realidad puede encubrir modificaciones de uso (y, por tanto, exigencia de una nueva concesión administrativa); 7. Alcance de la vinculación entre clasificación y deslinde en materia de vías pecuarias; 8. Irrelevancia anulatoria de la falta de audiencia de los interesados en la aprobación de nuevos instrumentos de ordenación ambiental.

Por necesidades de ajuste temporal, sincronización y continuidad con la anterior crónica y accesibilidad a la propia jurisprudencia*, la presente crónica abarca el período comprendido entre marzo de 2016 y junio de 2016.

1. Evaluación de impacto ambiental y “ampliación” de una cantera “en” explotación: de cómo la escrupulosidad procesal puede comprometer la protección efectiva del medio ambiente.

Resuelve la STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sede de Granada) de 28 de marzo de 2016, rec. 21/2015, un supuesto, en principio simple, de discordancia aplicativa tanto en sede procesal como sustantiva.

Desde la primera perspectiva, se impugna un auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo por el que se desestimaba la declaración de nulidad de una Declaración

* Fuente: CENDOJ

de Impacto Ambiental solicitada por la nuevamente recurrente, emitida a su vez para dar cumplimiento de una sentencia anterior. El auto apelado conviene con la Administración en que, con la Declaración de Impacto Ambiental, se daba cumplimiento efectivo al fallo de la primera sentencia. Pero sin embargo, el TSJA estima el recurso de apelación, reconociendo que aunque es verdad que el fallo de la sentencia cuya ejecución instaba la entidad mercantil apelante es un tanto anfibológico, al reclamar la aplicación de criterios generales utilizados en la calificación ambiental de otras concesiones o ampliaciones, “no es menos cierto que la Administración ignora e incumple el mandato explícito del fallo en cuanto a la comparación de dichos criterios generales en relación con otras concesiones o ampliaciones mineras de la zona, que estuvieran sometidas a las mismas regulaciones ambientales”. Dice el TSJA que la Declaración de Impacto Ambiental cuestionada determina claramente el impacto negativo que se produciría con la ampliación de la cantera en la fauna y flora de la zona afectada, pero sin razonar expresamente nada sobre lo que realmente se pide, la autorización de una ampliación de la cantera, no una nueva concesión, lo que —continúa argumentándose— no es baladí, puesto que en ese mismo lugar ya se estaba explotando la cantera y, en particular, no se compara su actividad o desarrollo con otras concesiones o ampliaciones de la zona, “por lo que no podemos aseverar que con la Declaración de Impacto Ambiental se haya dado debido y exacto cumplimiento al fallo de la sentencia de la que trate causa el incidente” (F. J. 3º).

La consecuencia, a mi juicio criticable, es la estimación del recurso de apelación y la declaración de nulidad de pleno derecho de la Declaración de Impacto Ambiental. Y la crítica deviene de la más que dudosa priorización de la cuestión o dimensión procesal en este caso sobre la propia protección ambiental de la zona objeto de la actividad humana.

Según la Declaración de Impacto Ambiental, la explotación de la cantera supondría efectos considerados como negativos, permanentes, directos, irreversibles e irrecuperables sobre distintos factores ambientales, declarándose por ello la actividad como inviable. El diagnóstico resulta claro, calificándose la Declaración de Impacto Ambiente directamente como negativa. Pero se recurre alegando que no es lo mismo la “explotación” que la “ampliación”. A mi juicio, sin embargo, y aunque se trate de una mera ampliación o aumento de la explotación ya en marcha, y aunque se trate de una actividad en la misma ubicación, lugar, entorno, formación, protecciones, efectos negativos, etc. —como se intenta argumentar—, ello no quita para la posible apreciación de un impacto ambiental significativo de la actividad. Que se trate de una mera

ampliación no excluye, por sí, y automáticamente, la producción de efectos negativos, que no quedan subsumidos con la simple e injustificada afirmación de que la actividad de extracción ya había sido autorizada, en su explotación, con anterioridad. Es posible, incluso, que la Declaración de Impacto Ambiental de comienzo de la actividad fuera positiva, como es el caso, pero que la ampliación sea negativa, para lo cual no puede atenderse funcionalmente al tipo de actividad o a los cambios físicos realizados, sino al efectivo impacto ambiental de las actividades, procesos, instalaciones o procedimientos que conlleve la ampliación de la actividad. Es evidente por tanto, y objetivamente, que una cosa es explotar una actividad y otra bien distinta, que puede admitir evidentemente cierta graduación, ampliarla. Los impactos o efectos pueden no ser los mismos, con lo que se precisa un efectivo análisis ponderativo previo en cada caso.

Pues bien, la duda procesal oscurece en este caso esta distinción sustantiva. Según la Administración andaluza la Declaración de Impacto Ambiental sirvió para dar efectivo cumplimiento al fallo de la sentencia originara. Según la parte recurrente, y el criterio del TSJA, ello no es así: el fallo de la sentencia imponía la aplicación de criterios generales utilizados en la calificación ambiental de otras concesiones o ampliaciones, desoyendo la Administración tal cometido, limitándose a expedir la referida Declaración de Impacto Ambiental. Pero, si la Declaración de Impacto Ambiental es negativa, ¿es necesario, para ajustarse a la lógica procesal, haber realizado tal actividad comparativa en relación con otras concesiones o ampliaciones mineras de la zona? ¿Qué prevalece, el análisis sustantivo ambiental o la prescripción formal-comparativa procesal? Según el TSJA, lo segundo. Y es que la Declaración de Impacto Ambiental ahora cuestionada determinaba claramente el negativo impacto que se produciría con la ampliación de la cantera — aunque la explotación tuviera su propia Declaración de Impacto Ambiental positiva originaria—, pero no motivaba tal declaración por relación o por comparación con el conjunto de actividades similares de la zona, como imponía la sentencia apelada. Es verdad que lo que se pide es la ampliación de la cantera, no una nueva concesión de explotación, pero el hecho de que en la zona ya se encuentre en explotación válidamente una cantera no elimina, por sí, el riesgo de impacto ambiental negativo, que puede derivar de las actuaciones inherentes a su ampliación, que, por lo demás, ni se detalla en qué grado o extensión se realizaría. Según el TSJS, el no hacer cotejo en la Declaración de Impacto Ambiental con otras concesiones o ampliaciones de la zona invalida, además con nulidad absoluta, su funcionalidad, aunque el fondo de su dictamen sea contundentemente

negativo o aflictivo para los diversos elementos ambientales afectados. En definitiva, según el TSJA, no puede aseverarse que con la Declaración de Impacto Ambiental se haya dado debido y exacto cumplimiento al fallo de la Sentencia apelada, pero a mi juicio esto no debería ser determinante porque por encima de la exactitud o precisión formal en el ajustamiento al fallo de una sentencia debería estar el análisis sustantivo ambiental, claramente negativo, contenido en la Declaración. Es verdad que la Declaración de Impacto Ambiental no desarrolla por completo el fallo judicial, y que no lleva a cabo la labor comparativa ordenada, pero si el análisis técnico-científico que incorpora acredita el impacto negativo de la actividad, aunque sea sólo de ampliación, ello debería prevalecer sobre el simple criterio de precisión procesal, de dimensión mera y claramente formal.

2. Alcance del valor probatorio de las actas de los agentes de la autoridad

Se analiza en la STJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sede de Granada) de 28 de marzo de 2016, rec. 1007/2011, el conocido problema de alcance y efectos derivados de la presunción legal *iuris tantum* de certeza derivada de la actuación inspectora de las autoridades y agentes públicos.

Como se sabe, según el art. 137.3 LRJAP, los hechos constatados por funcionarios con la condición de autoridad, formalizados en documentos públicos y observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio, pero sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados. Hay, pues, una simple presunción de certeza pero sin valor probatorio pleno. Y así se mantiene, aún con una redacción más simple, en el art. 77.5 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administración Común de las Administraciones Públicas, que acaba de sustituir a la primera. No obstante, en la práctica, la destrucción de esta presunción, con las pruebas precisamente aportadas por los interesados (más que por los “administrativos”) resultaba enormemente complicada.

En el caso enjuiciado, se recurría una sanción pecuniaria y la sanción accesoria de legalización de la actividad denunciada, intentando desvirtuar, precisamente, y entre otras alegaciones, el acta de inspección llevada a cabo por los agentes de la autoridad.

Como recuerda el TSJA, se impone la necesidad de una ponderación racional, aun partiendo del valor privilegiado de los hechos constatados, lo cual obliga a la conjugación

entre la señalada presunción de certeza y la “sana crítica” que ha de presidir todo enjuiciamiento, a través de la cual se ha de dilucidar si la decisión administrativa que se impugna ha de prevalecer frente al resultado probatorio, o si, por el contrario, el principio constitucional de presunción de inocencia debe imponerse, bien por quedar desvirtuada de plano la realidad sostenida por la Administración, bien porque suscitada duda al respecto deba la misma resolverse en la forma más favorable al expedientado. Fruto del necesario objeto de una ponderación de factores, la decisión, realmente, puede adoptar una doble dirección: confirmar la presunción de certeza por encima de la actividad probatoria instada por el presunto infractor; o, por el contrario, destruir la presunción relativa por la prevalencia del principio de presunción de inocencia, tanto por la suficiencia probatoria plena de que los hechos son totalmente contrarios a los reflejados y asumidos por la Administración, como, incluso, porque siendo los hechos dudosos, el trámite se pudiera resolver, aún sin deshacer por completo la presunción de certeza, de la forma más favorable para el interesado. No hay, pues, en términos de legalidad, decisiones automáticas, ni siquiera una orientación normativa claramente favorable a la posición de la Administración. En caso de duda, teóricamente se podría resolver la cuestión probatoria en favor del presunto infractor.

En el caso enjuiciado, los hechos que dan lugar a la comisión del ilícito administrativo consisten en la inobservancia del requisito de la Evaluación de Impacto Ambiental en la realización de caminos rurales y forestales de nuevo trazado en terrenos con pendiente superiores al 40% a lo largo del 20% o más del trazado. Y el hecho es que, según el TSJA, no quedaría acreditada la naturaleza agrícola de la totalidad de los terrenos por donde discurre el camino, como exige el precepto de cobertura. Tampoco se acredita fehacientemente en el acta de inspección que el camino fuera preexistente en todo su trazado a la actuación sancionada. Y quedaría, como aspecto susceptible de debate probatorio, el tanto porcentual de pendiente del camino.

El control jurisdiccional ha de limitarse a la confrontación probatoria de los aspectos jurídicos implicados, sin entrar en las determinaciones puramente técnicas, y tomando sólo como referencia circunstancias objetivas que coadyuven a formar una determinada convicción (decisional) o, al menos, a generar dudas. En este caso, dichos parámetros serían dos: en primer lugar, los sujetos actuantes, constando en el expediente que en el caso de los presuntos infractores, la persona en cuestión tenía la titulación de Ingeniería Agrícola, no constando por el contrario la de los Agentes denunciadores. Y, además, en

cuanto a la comprobación de la pendiente, en el Oficio de denuncia se indicaba que la pendiente media era del “40% aprox.”, indeterminación que había motivado que se realizara un requerimiento a los Agentes denunciantes por parte de la Consejería.

El resultado es que el TSJA entiende que el efecto de la presunción legal del art. 137.3 LRJAP no es suficiente, en este caso, para mantener la calificación realizada por la Administración de la conducta infractora, debiéndose por ello revocar la resolución recurrida, lo que resulta coherente con el “análisis de la prueba practicada, que en modo alguno resulta irracional o arbitrario, sino conforme con las reglas de la sana crítica” (F. J. 4º).

Aunque al final la sanción pecuniaria se mantiene, resulta interesante observar cómo no siempre la presunción de certeza de las actas de inspección convierte los hechos probados en “hechos ciertos”, exigiendo en todo caso el principio de presunción de inocencia una actividad mínima probatoria que puede verse desvirtuada, en mayor o menor grado, mediante prueba en contra.

3. ¿Cabe oponerse a la ejecución de una sentencia firme alegando la posible afección con la misma al dominio público?

Analiza la STJA (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sede de Granada, Sección 1ª) de 25 de abril de 2016, rec. 944/2015, la posible problemática entre la prevalencia de la ejecución en sus estrictos términos de una sentencia previa y la efectiva protección del ambiente posiblemente afectado.

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo había estimado el recurso interpuesto contra una Resolución dictada por el Director General del Dominio Público Hidráulico de la Agencia Andaluza del Agua por la que se había denegado la autorización del vallado perimetral solicitado inicialmente. La Sentencia, por la que se autorizaba, pues, el vallado solicitado, ganaría firmeza al no interponerse por la Administración recurso alguno. No obstante, frente al auto de ejecución sí se interpone apelación alegando la Administración que el vallado realizado intercepta el curso natural de la corriente en avenidas, ocupando parte del dominio público hidráulico, considerado, por Ley, inalterable, imprescriptible e inalienable, por lo que, sostiene asimismo la Administración, a pesar de su presunto allanamiento, la actuación era, de por sí, “ilegalizable”, solicitándose incidente de inejecución por imposibilidad jurídica de

cumplir el fallo.

Entiende el TSJA sin embargo, sobre la base de una interpretación restrictiva de las causas de imposibilidad legal o material de ejecución de las sentencias, lo que supone, en atención a su naturaleza extraordinaria y excepcional, dejar sin efecto una sentencia firme, que en este caso no concurre realmente ni imposibilidad legal ni material para llevar a puro y debido efecto la sentencia dictada en su día por el Juzgado de instancia. La imposibilidad material es inexistente —continúa— puesto que la extensión de un vallado sobre el perímetro autorizado es perfectamente agible. Pero tampoco existiría, a juicio de la Sala, imposibilidad legal, desde el momento en que, para tratar de inexecutar la sentencia, se introduce un elemento de cognición específico, como es la interpretación de un informe técnico —aportado por la Administración— asegurando que el vallado afecta al dominio público hidráulico, lo que es ajena, formalmente hablando, de lo estrictamente fallado.

Es verdad, pues, que se contrapone una sentencia firme, y no recurrida, contra un informe técnico, pero resulta también discutible el simple desplazamiento (material) del segundo, acreditativo de una posible afección al demanio natural, por el simple expediente (formal) de la prevalencia del principio de ejecución efectiva de las sentencias judiciales. Obviamente el informe alegado —para oponerse materialmente a la ejecución— es “ajeno” a la misma, desde una estricta óptica de lo fallado, pero también podría ser quizás demasiado restrictiva una posición formal exclusivamente centrada en los aspectos procesales y formales de la ejecución sobre los sustantivos de la posible afección a través de la misma a determinadas zonas del dominio público hidráulico (no puesta sin embargo de manifiesto por la Administración en su momento).

Como dice el TSJA, si la Administración General del Estado pretende dejar sin efecto (indirectamente) una sentencia firme ha elegido un camino procesal equivocado, pues a través del incidente de su inexecución se desconocería realmente el instituto de la cosa juzgada y el principio de intangibilidad de las sentencias, comprometiéndose a la vez, y lógicamente, el principio de confianza y seguridad jurídicas.

En atención a tales argumentos se desestima el recurso de apelación de la Administración.

4. Responsabilidad propia o “por sucesión” de la Administración en materia ambiental

La STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sede de Granada) de 29 de abril de 2016, rec. 728/2014, conoce de una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración en la prevención de avenidas que, junto a las conocidas argumentaciones sobre insuficiencia o error en la apreciación de la prueba, presunción de acierto de los informes de los agentes de la autoridad, ruptura del nexo causal, etc., para intentar desvirtuar las pretensiones indemnizatorias, se plantea también la posible estimación de causas de oposición no tan manidas, en concreto, la posible ausencia de responsabilidad por incongruencia de la acción de responsabilidad al no tratarse de hechos propios, sino “heredados” de la Administración anterior y por falta de título de imputación al tratarse de una entidad de gestión con poco tiempo de ejercicio efectivo de sus competencias.

Sostiene en primer lugar la Administración apelante que la sentencia impugnada adolece de “*incongruencia*” al condenar a la Agencia Andaluza del Agua por una *conducta propia* y no como *sucesora* de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, justificando además la condena sobre la base de argumentos jurídicos y motivos distintos a los expuestos por el demandante. El TSJA comienza recordando los cuatro conocidos tipos de incongruencia (omisiva o “*ex silentio*”; “*extra petitum*”; mixta o por error; e interna), para, a continuación, señalar que la lectura de la sentencia impugnada pone claramente de relieve que sus fundamentos de derecho sí son totalmente congruentes con los esgrimidos por el demandante para justificar sus pretensiones, pues argumenta su reclamación, entre otros motivos, en la falta de adopción de medidas por el Organismo de Cuenca y en la inaplicación de los medios técnicos que pudiera haber evitado o disminuido el daño causado. La Agencia Andaluza del Agua pudo no haber intervenido en la toma de decisiones correspondientes a los hechos alegados, pero sí es cierto que desde su creación ha estado ejerciendo las funciones previstas normativamente, entre las que se encuentran la prevención de avenidas e inundaciones, el control del dominio público hidráulico, la información a las autoridades competentes en materia de responsabilidad civil y las emergencias por inundaciones, el control y seguimiento de las obras sobre el patrimonio adquirido, etc., y concretamente durante el período 2009-2011, en donde se mantuvieron las competencias, no se ejercieron con la diligencia debida al

no actuarse en modo alguno para evitar las inundaciones objeto de reclamación, omitiéndose la aplicación de los mecanismos técnicos suficientes y posibles a su alcance para evitar los daños.

Para el TSJA no importa tanto la dimensión temporal de la titularidad de las competencias como su ejercicio o no ejercicio funcional desde su reconocimiento. La Agencia Andaluza del Agua no pudo tomar decisiones anteriores a su creación, es evidente, pero sí pudo adoptar medidas y acciones de prevención, mitigación o evitación de daños sobre bienes, zonas o elementos concretos, no como “sucesora” de la entidad u organismo previo, sino como directa responsable del efectivo ejercicio de sus competencias.

A pesar de ello, sostiene además la Administración apelante que no es posible imputar a la Agencia Andaluza del Agua los daños ocasionados puesto que los mismos traen causa de avenidas —acaecidas en febrero de 2009 y diciembre del mismo año y enero de 2010— producidas cuando la citada Agencia llevaba “escasos” meses de funcionamiento: no cabría, según la Administración, imputarle la responsabilidad cuando sólo llevaba un mes la Agencia en funcionamiento, dado que el origen del problema se remontaba realmente a 1997, año de construcción de la Prisión objeto de debate.

Para el TSJA sin embargo, y después de desgranar pormenorizadamente la naturaleza y requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración (F. J. 7º), la Comunidad Autónoma de Andalucía había asumido la competencia correspondiente (de mantenimiento de los cauces de la cuenca hidrográfica y de prevención de avenidas e inundaciones) en el año 2007 y la había ejercido “materialmente” desde el año 2008, “con independencia de que la citada Agencia no fuera creada hasta el mes de enero de 2009”. Y por ello, la atribución de responsabilidad patrimonial viene fundamentada en que la Agencia no había ejercido con la diligencia debida sus competencias al no actuar en modo alguno para evitar las inundaciones —estudiando el impacto, adoptando soluciones de minimización o evitación de los riesgos generales, etc.—, y en concreto, por el hecho de que los daños provocados por las avenidas de los años 2009 y 2010 traían causa de que la Agencia no había tomado las precauciones exigibles para impedir los perjuicios o el agravamiento de los mismos. Así pues, concluye el TSJA, sobre la confirmación del carácter “objetivo” de la responsabilidad extracontractual, “la Administración, al menos desde la asunción material de dichas competencias en el año 2008, pudo haber adoptado las medidas indicados y, conforme a los dictámenes periciales, de haberlas adoptado se hubieran podido evitar o disminuir considerablemente los daños irrogados a la

perjudicada” (F. J. 7º).

5. En materia ambiental, ¿la imposición de una sanción pecuniaria es requisito para la exigencia al infractor de los deberes de abono por los daños y perjuicios ocasionados (responsabilidad civil) y de restauración del medio natural agredido (deber de recuperación del estado anterior)?

Recuerda la STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sede de Sevilla) de 5 de mayo de 2016, rec. 60/2015, la previa doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 16 de noviembre de 2005, rec. 78/2004, relativa genéricamente al ámbito de las sanciones medioambientales, consistente en que, en general, y también cuando se ejercite la potestad sancionadora por una Comunidad Autónoma que no haya desarrollado normativamente el art. 39.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, la imposición de la sanción principal pecuniaria prevista en dicho precepto no es requisito ni presupuesto necesario para poder exigir al infractor los deberes legales de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados y de restauración del medio natural degradado. Se trata, pues, de deberes independientes: uno la sanción principal, y los otros dos, las medidas legales de compensación —económica y ambiental— de los daños y perjuicios causados.

Entiende por ello el TSJA que la obligación de restitución de los terrenos es un deber legal independiente, cuyo cumplimiento deviene para el infractor directamente de la Ley, por lo que sería posible abrir un procedimiento específico para compelerle a ello, decidiéndose entonces sobre el fondo del asunto a partir de los presupuestos fácticos y jurídicos de la responsabilidad previamente determinados: no se trataría, pues, de un acto de trámite, como se sostenía en el recurso, sino de un acto finalizador del procedimiento (de “ese” procedimiento de exigencia legal de responsabilidad de restitución al estado originario de los terrenos).

6. Requisitos para la inscripción de aprovechamientos hídricos en el Catálogo de Aguas Privadas: la discordancia entre lo que se pretende inscribir y la realidad puede encubrir modificaciones de uso (y, por tanto, exigencia de una nueva concesión administrativa)

Se plantea en la STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sede de Granada) de 23 de mayo de 2016, rec. 2369/2011, el alcance de los requisitos y exigencias legales para la inscripción de aprovechamientos hídricos privados en el Catálogo público de Aguas Privadas.

Según la parte recurrente, los requisitos serían:

— Acreditación de la propiedad de los terrenos, de las características del aprovechamiento y de la existencia y usos del pozo, sobre la base de la exigencia jurisprudencial de la simple justificación de su existencia y titularidad de hecho, así como de sus características y aforo; y

— Exigencia del título que pruebe el derecho al aprovechamiento a través de la acreditación de la propiedad de la finca y la existencia en ésta del pozo antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas.

Entiende la Administración, sin embargo, que debía haberse acreditado, específicamente, que a fecha de 1 de enero de 1986 se tenía la propiedad del aprovechamiento, así como la identidad entre el aprovechamiento existente antes de 1986 y el que se solicita anotar en el Catálogo.

Recuerda el TSJA sentencias previas señalando que entre los elementos de hecho que han de acreditarse para la válida inscripción en el Catálogo de aguas se hallan todas las características exigidas legal y reglamentariamente, así como la superficie y el destino del riego, incumbiendo lógicamente la carga de la prueba al solicitante. Por ello, se deniega la inscripción, puesto que de la visita de reconocimiento se deducía claramente que las características del sondeo que se pretendía inscribir no concordaban con las reflejadas en el acta de reconocimiento sobre el terreno, levantada en presencia del interesado. Esta discordancia conduce a la Administración, y así lo ratifica el TSJA, a denegar la inscripción, en tanto que el cambio de diámetro del pozo o sondeo y del tipo de construcción de la captación lo que supone es, en el fondo, e “indudablemente” añade la sentencia, una modificación (encubierta) de las características del aprovechamiento que resulta incompatible con la (simple) inclusión del mismo en el Catálogo de Aguas

Privadas, instrumento público de constancia o información, y no de constitución por sí de nuevos títulos privados de aprovechamiento del dominio público hidráulico.

7. Alcance de la vinculación entre clasificación y deslinde en materia de vías pecuarias

Según la STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sede de Granada) de 23 de mayo de 2016, rec. 265/2011, recordando doctrina previa del Tribunal Supremo, la *clasificación* es el acto administrativo de carácter declarativo en virtud del cual se determina la existencia, anchura, trazado y demás características físicas generales de cada vía pecuaria, mientras que el *deslinde*, en sentido estricto, es el acto administrativo por el que se definen los límites de la vía pecuaria de conformidad y en función precisamente de lo establecido en el acto de clasificación. Así pues, el acto de clasificación condiciona el deslinde posterior, y por ello en el segundo procedimiento administrativo no es admisible discutir sobre la existencia y el contenido de la clasificación previa, o su exacta funcionalidad a la vista de la normativa aplicable.

Entiende el TSJA, sobre esta base, que la cuestión se ceñiría a verificar si el acto material de deslinde se había apartado o no del acto previo de clasificación (por el que se había determinado formalmente la existencia, anchura, trazado y demás características físicas generales de la vía pecuaria en cuestión), confrontando a tales efectos la prueba pericial practicada con la presunción de validez del acto impugnado. Valorada aquélla según las reglas de la sana crítica, se estima el recurso, puesto que se entiende demostrado que el acto material de deslinde no se había atenido ni circunscrito al previo de clasificación, sobre la base, dice expresamente el TSJA, de un “dictamen concienzudo, pormenorizado y detallado, que resulta plenamente convincente” (F. J. 3º).

8. Irrelevancia anulatoria de la falta de audiencia de los interesados en la aprobación de nuevos instrumentos de ordenación ambiental

Se plantea en la STSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sede de Granada) de 23 de mayo de 2016, rec. 1292/2008, el alcance y efectos de la ausencia, en la tramitación del nuevo Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, del trámite específico de alegaciones, así como la ausencia de nueva exposición pública tras las modificaciones

sustanciales introducidas tras la primera información pública y la omisión del trámite de evaluación de impacto ambiental.

El primer motivo alegado es desestimado, desde la conocida óptica antiformalista —pero también, posiblemente, anti-garantista— sostenida de forma generalizada por nuestros Tribunales a la hora de anudar efectos invalidantes a los vicios formales o procesales alegados dentro de los procedimientos administrativos, aún incluso en aquéllos de ámbito sectorial especialmente sensible y con posible afección/interés a una pluralidad de sujetos, como es la aprobación o modificación de los instrumentos de ordenación y gestión de un espacio natural protegido.

Como recuerda el TSJA, lo decisivo no es la verificación de la realización de todos y cada uno de los actos de instrucción del procedimiento, sino el hecho de que, en la fase de información pública, todos los posibles afectados o interesados hayan tenido oportunidad de realizar las alegaciones oportunas. Y eso ocurre en el caso planteado: lo relevante es la existencia o no de “*indefensión material y real*”, y aunque en el supuesto planteado no se había materializado el ejercicio del derecho de audiencia por los recurrentes, ciertamente sí se acredita el cumplimiento del trámite de información pública y que, en la misma, aquéllos había acudido y alegado lo que estimaban conveniente, teniendo a su disposición la documentación administrativa integrante del expediente. Concluye por ello el TSJA afirmando la ausencia de indefensión, pudiendo haber desarrollado los recurrentes una defensa eficaz de sus derechos e intereses (en igual sentido, y en este mismo período analizado, la STJA de 23 de mayo de 2016, rec. 646/2009).

La doctrina, aún consolidada, es ciertamente discutible: primero porque supone transformar implícitamente la posibilidad de ejercicio de un auténtico derecho subjetivo e individual de defensa en el marco, más genérico, del derecho de intervención y participación abierta en los procedimientos administrativos. Segundo, porque es posible que la documentación obrante en la fase de información pública no coincida —y sea menor— que la existente, tras su verificación general, en la fase final de vista y audiencia del expediente. Tercero porque realmente el acto de instrucción de información pública no garantiza, automáticamente, la efectividad de una defensa útil de los intereses subjetivos particulares de cada interesado, sino simplemente permite acceder, en general, al procedimiento y realizar las alegaciones oportunas. Y cuarto porque, aun siendo esto discutible, es posible que sin existir indefensión material sí que se produzca una minoración o difuminación funcional de las garantías de defensa y reacción dentro de los

procedimientos administrativos con la supresión o transformación de alguno de los actos de instrucción en los que estén implicados o puedan participar los interesados o el público en general. En definitiva, no es lo mismo, aunque así se asume jurisprudencialmente, la vista del expediente completo y la audiencia efectiva de los interesados articulada a través de las posibles alegaciones finales de los mismos que dar la oportunidad a los potenciales interesados de exponer su parecer en el trámite de información pública.

Frente a las otras alegaciones de falta de realización del trámite de evaluación de impacto ambiental y del Informe de Sostenibilidad Ambiental, ratifica el TSJA también la previa doctrina del Tribunal Supremo acerca de la innecesariedad de que estos planes se sometan a evaluación de impacto ambiental. Pero el argumento es igualmente discutible: como dice el TSJA, la exigencia de evaluación ambiental estratégica de planes y programas, impuesta por el ordenamiento comunitario y español, excluye aquellos planes que tienen como “*genuina finalidad*” la propia protección ambiental de un lugar o zona concretos, ya que los mismos colman las exigencias de evaluación ambiental que para otros planes y programas exigen los citados ordenamientos. Pero, ¿no es posible que un plan de ordenación de los recursos naturales no acarree, en sí mismo considerado, y en su conformidad final, no tanto una desprotección de los elementos constitutivos de su ámbito objetivo de tutela, pero sí una menor protección que si hubiera sido objeto, más allá de su contenido, a una evaluación ambiental estratégica? Es evidente que lo normal es que un plan ambiental no cause perjuicios ambientales. Pero la automaticidad mantenida en sede jurisprudencial y la exclusión de las exigencias de ponderación estratégica anticipada lo que conlleva es, en el fondo, convertir el “contenido” en “factor externo” de evaluación ambiental.

En cuanto al fondo de la impugnación, se había solicitado la nulidad del Decreto aprobatorio de los planes de ordenación y gestión por arbitrariedad en el ejercicio de la potestad de planificación, desviación de poder y contravención de normas jerárquicamente superiores. Argumentos todos ellos que desestima el TSJA en base a la naturaleza discrecional de la potestad administrativa de planificación ambiental, lo que conlleva, como se sabe, que el control jurisdiccional se limite a los hechos determinantes, a la “realidad de los hechos”, de manera que sólo cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad o una desviación injustificada de los criterios generales sentados por la Administración podrá entenderse infringido el ordenamiento jurídico, nada de lo cual queda acreditado. En cuanto al alegato de

desviación de poder, la asociación demandante argumentaba que la Administración se había apartado de su deber de proteger el parque, utilizando el Decreto cuestionado para legalizar determinados atentados al espacio protegido. El TSJA entiende, por el contrario, que una de las finalidades legítimas del Decreto es adaptar los Planes de protección a las nuevas circunstancias ambientales y socioeconómicas que caracterizan el Parque Natural, no habiendo sido acreditada por la parte actora una finalidad ilegítima o contraria a los intereses generales. Decae también igualmente, por razones obvias, la alegada vulneración del principio de jerarquía normativa entre planes.