

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN LAS ISLAS BALEARES (pp. 1-30)

—

JURISPRUDÈNCIA AMBIENTAL A LES ILLES BALEARS (pp. 31-60)

JOSÉ MANUEL GÓMEZ GONZÁLEZ

Departament d'Urbanisme i Territori. Consell Insular de Mallorca

—

Consultor

Universitat Oberta de Catalunya

Sumario: 1. Sobre exoneración de trámite ambiental en modificaciones de planeamiento urbanístico consideradas de carácter menor: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (número 553/2015), de 29 de septiembre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100538, núm. procedimiento PO 197/2013). 2. Sobre la construcción de un campo de golf en un entorno de alto nivel de protección: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (número 592/2015), de 8 de octubre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100579, núm. procedimiento PO 237/2011). 3. Sobre el cierre de accesos con servidumbre de paso pública para acceso al mar, por motivos ambientales: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (número 514/2015), de 15 de septiembre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100508, núm. procedimiento PO 122/2013). 4. Sobre construcciones de infraestructuras de interés general ante la existencia o carencia de figuras de ordenación y de protección: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (número 491/2015), de 14 de julio de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100487, núm. procedimiento 853/2009).

En el segundo semestre de 2015 la jurisprudencia ambiental producida en las Islas Baleares ha sido más bien escasa o ha generado resoluciones de un interés relativo. No obstante, podemos destacar cuatro sentencias que, por diferentes motivos, conviene sintetizar y comentar con relación al contexto actual de superación lenta de un período económico comprometido. Así, el marco normativo creado a raíz de la crisis económica ha relegado el medio ambiente a un papel secundario poco esperanzador. Se han relajado los controles ambientales y el impulso a normas liberalizadoras destinadas a la reactivación económica ha implicado la supresión de controles territoriales y ambientales.

Las sentencias aportadas analizan cuatro casos bien diferentes. En primer lugar, y relacionado con lo comentado más arriba, tenemos una resolución que versaba sobre la exoneración temeraria de trámites ambientales con relación al planeamiento urbanístico, que en el caso de autos comportaba directamente consecuencias ambientales indiscutibles. Por suerte, la lucidez de la Sala acotó el marco de flexibilización de los controles ambientales y de la opción de la exoneración por la vía de considerar como menores determinadas modificaciones de planeamiento urbanístico.

El segundo caso permite confirmar la tesis de que los valores ambientales se pueden acotar con criterios objetivos y que las medidas destinadas a preservar el medio deben prevalecer por encima de los simples intereses particulares, especialmente cuando las administraciones ya optaron por un régimen de protección —luego revocado— y cuando existen datos que implican el deber de proteger determinados hábitats al amparo de la normativa europea. En este caso, se ha detenido la construcción de un campo de golf al retomarse el trámite de inclusión de la zona como ZEPA y LIC en la propuesta de red Natura 2000 de Baleares.

El tercer caso planteado previene de una posible perversión que implica un giro peligroso aunque con un cierto fundamento: la revocación por motivos ambientales de un derecho de paso público por una finca privada gravada con una servidumbre legal para acceder al mar. La vigencia de la servidumbre fue ganada en su día en los tribunales, pero ahora estos mismos tribunales matizan tal servidumbre al restringir por motivos ambientales el paso por el camino en cuestión. Veremos cómo puede reconducirse este escenario.

Finalmente, hemos seleccionado un pronunciamiento relacionado con la ampliación y el cambio de usos portuarios en Ibiza, en un caso en el que concurren deficiencias en la ordenación territorial, ambiental y de patrimonio mundial. La superposición de figuras ha provocado un pronunciamiento de la Sala realmente complejo que, como veremos, no deja indiferente.

Pasemos a analizar los casos seleccionados.

1. Sobre exoneración de trámite ambiental en modificaciones de planeamiento urbanístico consideradas de carácter menor: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (número 553/2015), de 29 de septiembre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100538, núm. procedimiento PO 197/2013)

El objeto del pleito que ahora comentamos es el Acuerdo adoptado el 21 de marzo de 2013 por el Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, mediante el cual se aprobó definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) relativa a la ampliación del sistema general de comunicaciones e infraestructuras 43-01-I, SGC/ISBA, para poder implantar una estación de tratamiento de agua potable en los alrededores de la Font de la Vila, situada en la carretera de Valldemossa. El anuncio del Acuerdo recurrido fue publicado en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* núm. 50, de 13 de abril de 2013.

Más concretamente, el recurso intenta impedir la implantación de una estación de tratamiento de agua potable en los alrededores de la Font de la Vila (que, por otro lado, disfruta de protección patrimonial), situada en la mencionada carretera de Valldemossa. El demandante solicita que se anule y declare la disconformidad a derecho de la disposición general impugnada, con expresa imposición de costas a la parte demandada. Para sustentar esta petición, la parte invoca los siguientes argumentos.

En primer lugar, que el Acuerdo adoptado el 3 mayo de 2012 por la CBMA, el cual decidió la no sujeción de la modificación a EAE, no podía ser recurrido de forma independiente, sino que solo podía impugnarse junto con la aprobación de la modificación del instrumento de planeamiento que lo motiva. Todo esto, de acuerdo con el artículo 94 de la Ley balear 11/2006, de 14 de septiembre, al tratarse de un acto de trámite dictado en el procedimiento de elaboración de la disposición general. Este argumento se sostiene en sentencias dictadas por este mismo tribunal y enerva cualquier causa de inadmisibilidad como, por ejemplo, la planteada por la adversa.

En segundo lugar, se sostiene que es procedente la nulidad de la modificación puntual del PGOU de Palma de Mallorca por no haberse sometido a evaluación ambiental estratégica (EAE), cuando esta resultaba preceptiva en conformidad con los artículos 16 y 17 de la Ley 11/2006, puesto que la instalación de la estación de una nueva depuradora en la zona prevista en la modificación del planeamiento produce efectos medioambientales moderados al suponer el cambio de la calificación urbanística en una superficie de 42.984 m², disminuir el suelo destinado a uso agrícola y afectar negativamente al paisaje, al medio biótico y a la geomorfología, de acuerdo con el informe elaborado por el perito de la causa. Los servicios técnicos y jurídicos de la Comisión Balear de Medio Ambiente (CBMA) informaron de que la modificación puntual tenía que someterse a EAE, pero finalmente se desatendió este criterio sin ofrecerse explicación alguna.

La Dirección General de Recursos Hídricos manifestó su parecer contrario a la instalación de la nueva estación depuradora en la zona prevista en la modificación del PGOU, recomendando la búsqueda de otras alternativas. La memoria-análisis municipal incluye recomendaciones ambientales genéricas e imprecisas que no evitan la artificialización de suelo rústico para la instalación de la depuradora, con nuevas construcciones y viales.

Finalmente, se argumentaba que la modificación puntual era nula por la ausencia de justificación, primero, de la existencia de una contaminación microbiológica como motivo aducido para la implantación de la nueva estación depuradora; segundo, por la falta de consideración de otras alternativas más adecuadas; tercero, por no motivar que la zona prevista para su implantación fuera la más adecuada; y cuarto, por razonarse insuficientemente la dimensión superficial. Esta motivación es exigible a fin de que los

tribunales puedan controlar el correcto ejercicio de la potestad planificadora de carácter urbanístico que pertenece a la Administración, de naturaleza discrecional.

Como punto de partida, debemos destacar que, como la Sala ha determinado de forma reiterada, la potestad administrativa de planeamiento urbanístico es fundamentalmente discrecional. A la Administración le corresponde, atendiendo a la evolución social y el desarrollo económico de la ciudadanía, adoptar el modelo territorial y urbanístico sobre el que ha de asentarse la población de su territorio.

Esa decisión obviamente se asienta sobre la potestad discrecional que se le reconoce a la Administración a estos efectos, sin que se exima de control jurisdiccional a esta potestad, el cual se realiza tanto sobre los hechos determinantes que motivan esa actuación como sobre la decisión adoptada, examinándose si el resultado guarda coherencia y racionalidad con el presupuesto fáctico del que se parte, de forma que, en el caso de que así no ocurriera, se concluye que la actuación resultante es contraria a la legalidad por incidir en supuesto de arbitrariedad al infringirse lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución, y por ello el Tribunal rechaza una discrecionalidad que se ha convertido en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna.

La jurisprudencia es constante en el pronunciamiento de que la clasificación de suelo urbano o no urbanizable de especial protección no tiene carácter discrecional para la Administración, a diferencia de lo que ocurre cuando clasifica suelos como urbanos. El carácter reglado que ostenta el suelo urbano parte de la apreciación de la realidad fáctica del terreno, de forma que si este cuenta con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, y, además, está inserto en una malla urbana, de forma que los terrenos se encuentren incluidos en un entorno perimetral en el que, a modo de dotación básica, existan redes de suministro de energía, agua y saneamiento, todo esta obra transformadora confiere a ese suelo la condición de urbano y como tal ha de ser clasificado. También lo será aquel que esté edificado en más de sus dos tercios (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2006, 30 de junio de 2006, 7 y 22 de octubre de 2010, y 29 de abril de 2011, entre otras muchas). De igual forma, el Tribunal Supremo, en las sentencias de 25 de marzo y 16 de diciembre de 2010, indica que lo mismo ocurre con el suelo no urbanizable de terrenos sujetos a algún régimen de protección especial, en atención a sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, cinéticos, ambientales o culturales, a su valor agrícola, forestal o ganadero o a sus riquezas naturales.

Como leemos en la Sentencia, en este asunto se trata de examinar la conformidad a derecho de la aprobación por el Ayuntamiento de una modificación puntual del PGOU de Palma de Mallorca, la cual tiene como objeto implantar un cambio de clasificación y de calificación de unos terrenos adyacentes a la Font de la Vila, que pasan de ser suelo rústico común a suelo destinado a sistema general de comunicaciones e infraestructuras, como marco espacial para implantar una estación de tratamiento de agua potable (ETAP) en la Font de la Vila.

Del expediente administrativo se desprenden una serie de actuaciones, informes y trámites que aparentan justificar la decisión municipal. Ahora bien, el 12 de marzo de 2012 se confirió traslado del proyecto de modificación puntual del PGOU, de la memoria-análisis y de las consultas efectuadas a la Comisión Balear de Medio Ambiente (CBMA, Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Territorio), calificándolo como una modificación menor que no tiene efectos significativos en el medio ambiente, interesando que se decidiese la no sujeción a EAE, de acuerdo con los artículos 95 y siguientes de la Ley Balear 11/2006.

Siguen una serie de trámites e informes que mantienen la apariencia de que todo se ajusta a derecho, hasta que el Pleno de la Comisión Balear de Medio Ambiente, en sesión de 3 de mayo de 2012, de acuerdo con el anexo III y el artículo 95 de la Ley 11/2006, de 14 de septiembre, de evaluaciones de impacto ambiental y evaluaciones ambientales estratégicas en las Illes Balears, decidió la no sujeción de la modificación del planeamiento municipal a EAE, *siempre y cuando se cumplan las prescripciones y recomendaciones de la documentación presentada por EMAYA, así como el cumplimiento de los condicionantes del informe de la Dirección General de Recursos Hídricos*, publicándose el anuncio en el BOIB núm. 96, de 5 de julio de 2012.

El 24 de mayo de 2012 se emitió un informe favorable a la prosecución del procedimiento de elaboración de la modificación puntual del PGOU, una vez atendidas las alegaciones efectuadas por las administraciones afectadas y en virtud del acuerdo adoptado por la CBMA el 3 de mayo de 2012.

El Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca aprobó inicialmente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana en la sesión ordinaria de 28 de junio de 2012, sometiendo la propuesta a información pública y solicitando informe a la Comisión de Emergencias y Protección de les Illes Balears (BOIB, núm. 90, de 5 de julio de 2012). Finalmente, el Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, en sesión

celebrada el 21 de marzo de 2013, acordó aprobar definitivamente la modificación puntual del PGOU relativa a la ampliación del SGCI/IS-P 43-01-I para poder implantar una estación de tratamiento de agua potable junto a la Font de la Vila, a instancias de EMAYA, publicándose en el BOIB núm. 50, de 13 de abril de 2013.

La causa de inadmisibilidad que esgrimía la codemandada no puede operar por lo siguiente:

El Ayuntamiento de Palma de Mallorca, de acuerdo con el artículo 17, en relación con los artículos 95 a 97 de la Ley Balear 11/2006, sometió al parecer del “órgano ambiental” (Comisión Balear de Medio Ambiente) si concurría o no la necesidad de sumisión de la modificación del PGOU a EAE, decidiendo la CBMA que el plan no estaba sujeto a tal formalidad. La tramitación de la modificación puntual del PGOU continuó su curso, y el actor impugnó su aprobación, entre otros motivos, por no haberse sometido a EAE, considerando que era necesaria al producir la disposición urbanística efectos significativos sobre el medio ambiente. Es decir, el recurrente se opone frontalmente al acuerdo de la CBMA de 3 de mayo de 2012, pero no lo impugnó en su día.

A pesar de la doctrina jurisprudencial arriba citada, la cual determina que las decisiones adoptadas por los órganos ambientales competentes acerca de la no sumisión de un determinado plan o programa a EAE son impugnables de forma separada (rectificando la doctrina seguida por este Tribunal Superior de Justicia hasta tiempos recientes), no pudiendo ser declarado inadmisibile el recurso contencioso interpuesto en su contra, ello no impide que, en aras de la tutela judicial efectiva proclamada como derecho fundamental en el artículo 24.1 de la Constitución, interpuesto un recurso contencioso administrativo contra la aprobación de un plan o programa que no se sometió a EAE, uno de los argumentos impugnatorios sea que debió sujetarse a esta evaluación ambiental.

La causa de inadmisibilidad debe ser rechazada, además que, en el asunto examinado debe destacarse que el recurso contencioso sólo se dirige contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 21 de marzo de 2013, no contra la decisión de la CBMA adoptada el 3 de mayo de 2012 consistente en no considerar que la modificación del PGOU debiese someterse a EAE.

Pero yendo al fondo del asunto —la necesidad o no de que la modificación puntual del instrumento general de planeamiento de Palma de Mallorca aquí impugnada se

sometiese a evaluación ambiental estratégica (EAE)—, el Tribunal parte de la abundante jurisprudencia dictada en relación con sus orígenes, fundamento, naturaleza jurídica, ámbito de aplicación y efectos, recopilada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2015 (Sección 5.^a), que transcribe literalmente.

Así, a la luz de esta importante sentencia, el Tribunal concluye lo siguiente:

Partiendo de las consideraciones expuestas, *habiéndose acreditado que la modificación puntual del PGOU de Palma para la instalación de una ETAP en la Font de la Vila produce efectos significativos sobre el medio ambiente, debió someterse a EAE, siendo su aprobación definitiva nula de pleno derecho*, en virtud del artículo 5 de la Ley Balear 11/2006 y el artículo 62.2 de la LPAC, debiendo estimarse el recurso contencioso administrativo sin necesidad de pronunciarse sobre las restantes cuestiones planteadas en la demanda, concernientes a la justificación, pertinencia y proporcionalidad de la implantación de una estación depuradora, ya que su análisis tiene como premisa que el procedimiento de elaboración de la disposición urbanística no haya omitido ningún trámite esencial.

La Sentencia, por lo tanto, estima el recurso contencioso y declara disconforme con el ordenamiento jurídico la disposición general impugnada y, en consecuencia, la anula.

Este pronunciamiento es especialmente relevante por el siguiente motivo: durante la legislatura 2011-2015, fue práctica común exonerar de forma poco justificada un sinnúmero de proyectos y programas, que han sido impugnados. No descartamos, por lo tanto, que en un futuro recaigan nuevas sentencias en este mismo sentido que analicen la ponderación de la evaluación ambiental y la falta de justificación de su exoneración.

2. Sobre la construcción de un campo de golf en un entorno de alto nivel de protección: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (número 592/2015), de 8 de octubre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100579, núm. procedimiento PO 237/2011)

El caso que presentamos en segundo lugar tiene como objeto una serie de medidas dirigidas a evitar una acción irreversible de alteración ambiental derivada de la construcción de un campo de golf en una zona ambientalmente sensible que anteriormente había estado integrada en el Parque Natural de s'Albufera de Mallorca. Más concretamente, el recurso se interpone contra la Resolución dictada el 23 de

diciembre de 2010 por el consejero de Medio Ambiente y Movilidad, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto por la mercantil Golf Platja de Muro, S. A., contra la Resolución adoptada el 10 de agosto de 2010 por el director general de Biodiversidad, sobre la adopción de medidas cautelares consistentes en ordenar la inmediata paralización de las obras, trabajos o actividades que se llevaban a cabo en la finca de Son Bosc (término municipal de Muro, Mallorca), con el precinto de la zona afectada, medidas acordadas junto con la incoación del expediente sancionador EN-069/10.

La recurrente alega falta de legitimación y competencia por parte del director general, así como falta de justificación legal para adoptar tales medidas. Igualmente, invoca la caducidad del expediente sancionador. De hecho, llega a invocar siete causas de impugnación, que son respondidas por la representación legal de la Comunidad Autónoma.

La realidad fáctica se resume muy bien en la Sentencia en los siguientes términos:

1) El Parque Natural de S'Albufera de Mallorca forma parte del Área Natural de Especial Interés (ANEI) de S'Albufera, en aplicación de la Ley 1/1991, de 30 de enero, de espacios naturales y de régimen urbanístico de las áreas de especial protección de las Islas Baleares (LEN). S'Albufera de Mallorca fue también uno de los primeros sitios inscritos por España en la Lista de Humedales de Importancia Internacional que lleva la Convención de Ramsar, mediante el correspondiente acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 28 de julio de 1989 (BOE nº 110, de 8 de mayo de 1989). En el ámbito europeo, forma parte de la Red Natura 2000 (Código ES0000038) por haber sido designado Zona de Especial Protección para las Aves (ZEPA) de acuerdo con la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres (la cual ha sido modificada en varias ocasiones y de forma sustancial por la Directiva 2009/147/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo); y Lugar de Importancia Comunitaria (LIC), de acuerdo con la Directiva Hábitats 92/43/CEE. Además es uno de los sitios de la Red de Reservas Biogenéticas Europeas (Consejo de Europa, 1996).

2) La declaración como Parque Natural a S'Albufera de Mallorca fue aprobada mediante el Decreto 4/1988, de 28 de enero (BOIB nº 19 de 13 de febrero de 1988). El ámbito espacial del mismo fue ampliado por Decreto 52/2003, de 16 de mayo (BOIB nº 82 de 10 de junio de 2003), incluyendo desde entonces la zona

denominada “Son Bosc” (finca registral nº 16.091), pero este Decreto se anuló posteriormente mediante el acuerdo dictado por el Consejo de Gobierno el 3 de enero de 2004, en el cual se aceptó el requerimiento emitido por el Alcalde de Muro (BOIB nº 19 de 7 de febrero de 2004).

Por consiguiente, en un intervalo temporal de aproximadamente 6 meses entre los años 2003 y 2004, la zona de Son Bosc estuvo incluida en la delimitación espacial correspondiente al Parque Natural de S’Albufera de Mallorca.

3) Por Decreto 28/2006, de 24 de marzo, se declararon Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) en las Illes Balears (BOIB nº 47 EXT 4 de enero de 2006), entre las que se incluye (Anexo I Mallorca), con el código ES0000038, S’Albufera de Mallorca, sin que se incluyera Son Bosc. Mediante el acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de julio de 2010, se inició el procedimiento para la ampliación de esta ZEPA, pasando a formar parte de la misma la zona de Son Bosc, siendo aprobada definitivamente a través del acuerdo del Consejo de Gobierno de 25 de febrero de 2011 (BOIB nº 38, 15 de marzo de 2011 y corrección de erratas en BOIB nº 39, de 17 de marzo de 2011).

4) Mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de 26 de febrero de 2010 (BOIB nº 33 de 02/27/2010) se inició el procedimiento de elaboración del Plan de Ordenación (PORN) de S’Albufera de Mallorca, con los efectos previstos en el artículo 8 LECO, acto administrativo “derogado”, como veremos, por el apartado segundo de la disposición derogatoria de la Ley Balear 9/2010, de 27 de julio.

5) La Ley Balear 9/2010, de 27 de julio, de declaración de interés autonómico de la construcción del campo de golf de Son Bosc en Muro (BOIB nº 115, de 5 de agosto de 2010, en vigor desde el 6 de agosto de 2010), en su Exposición de Motivos, justifica, primero, la aprobación de una declaración de interés autonómico de la construcción de un campo de golf mediante una ley “singular”, relacionando un conjunto de Leyes calificadas como “singulares” de la misma legislatura; segundo, defiende la legalidad y conveniencia de la instalación deportiva, la cual dispone de todas las autorizaciones y permisos, concluyendo que: “Así, se considera necesaria la declaración de interés autonómico de la construcción del campo de golf de Son Bosc en Muro, en aplicación del principio constitucional de la seguridad jurídica y para sustraerlo del debate tendencioso y apriorístico, dado que resulta manifiestamente imposible la existencia de cualquier elemento que requiere de una protección excepcional que no haya sido detectado, constatado y evaluado en agosto de 2009, cuando se redactó en Plan de conservación de *orchis palustris* en

Mallorca, circunstancia constatada fehacientemente por el actual presidente del Gobierno de las Illes Balears en la rueda de prensa del pasado día 27 de enero de 2010, con motivo de la celebración de la Mesa de seguimiento de la economía balear, cuando proclamó que el campo de golf de Son Bosc no podía pararse ni suspenderse, ya que el Gobierno ya ha tomado las medidas que se debían tomar”.

6) El proyecto para la construcción de un campo de golf en la finca de Son Bosc (término municipal de Muro, Mallorca) fue iniciado en septiembre del año 1998, cuando se redactó la evaluación de impacto ambiental, siendo informado favorablemente por la Comisión Balear de Medio Ambiente (CBMA, perteneciente a la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears) el 15 de abril de 1999.

7) El 22 de diciembre de 2006, la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio Histórico de Mallorca, acordó la declaración de interés general de las obras e instalaciones del campo de golf.

8) El Ayuntamiento de Muro concedió en fecha 10 de enero de 2008 el permiso de instalación, y el 13 de marzo de 2008 se otorgó la licencia de edificación y uso del suelo.

9) Como resulta de la Exposición de Motivos de la Ley 9/2010, las obras se iniciaron el 22 de febrero de 2010. El 26 de febrero de 2010 se decidió por el Consejo de Gobierno el inicio del procedimiento de elaboración del PORN.

10) Tres días después de la entrada en vigor de la Ley 9/2010, el 9 de agosto de 2010 se efectuaron dos visitas de inspección a la zona, a las 17:30 y 19:30 horas, respectivamente, constatándose en las actas extendidas al efecto que, en el área central de Son Bosc, dentro de los límites de la nueva delimitación de la ZEPA incluida en el acuerdo de inicio de su ampliación, de fecha 9 de julio de 2010, se estaba procediendo a la retirada de escombros y otros materiales mediante una retroexcavadora, así como la eliminación de vegetación arbustiva y herbácea, movimientos de tierra y amontonamiento de la misma.

11) Previa emisión del correspondiente informe técnico, el Director General de Biodiversidad acordó el 10 de agosto de 2010 el inicio del expediente sancionador EN-069/10, por la presunta comisión de una infracción grave o muy grave prevista en la Ley 5/2005, de 26 de mayo para la conservación de los espacios de relevancia ambiental (LECO), ordenando la paralización de las obras, trabajos y actividades que se realizaban en Son Bosc, a fin de evitar la continuación de los daños al medio ambiente, con precinto de la zona afectada. Ante la ausencia de cumplimiento de

estas medidas, el 15 de septiembre de 2010 se requirió el auxilio de la Guardia Civil.

12) El 10 de septiembre de 2010, la mercantil “Golf Platja de Muro S.A.” presentó un recurso de alzada contra la adopción de las medidas cautelares en el acuerdo de incoación del expediente sancionador, y tras la confección de un informe jurídico-propuesta, fue desestimado en la resolución adoptada por el Consejero de Medio Ambiente y Movilidad el 23 de diciembre de 2010.

13) En noviembre de 2010, tres meses antes de la aprobación definitiva de la ampliación de la ZEPA por el Consejo de Gobierno en fecha 25 de febrero de 2011, la Misión de Asesoramiento Ramsar (MAR) nº 68 formuló una serie de recomendaciones acerca de la preservación de S’Albufera de Mallorca como Humedal de Importancia Internacional, resumidas en las siguientes conclusiones:

i) La MAR ha constatado, tanto sobre el terreno como mediante la información documental consultada, que la zona de Son Bosc es parte integral del ecosistema 4 de S’Albufera de Mallorca, ya que sus características ecológicas, y especialmente las hidrológicas, son una continuación de las de la propia S’Albufera (de hecho, la zona estuvo incluida dentro de los límites del Parque Natural durante un breve periodo de tiempo en 2003-2004);

ii) Aplicando el principio de precaución, ampliamente aceptado y puesto en práctica desde 1992 por la comunidad internacional, y haciendo balance entre los posibles beneficios socio-económicos del proyecto por un lado, y los posibles impactos del mismo sobre la hidrología, ecología y biodiversidad del Sitio Ramsar S’Albufera de Mallorca por otro, tanto durante su ejecución como en el largo plazo, la MAR llegó a la conclusión de que el proyecto de construcción de un campo de golf, o cualquier otro proyecto alternativo que implique un cambio tan substancial del uso de la tierra de la zona de Son Bosc, deberían ser desestimados definitivamente;

iii) Se debería avanzar en la búsqueda de soluciones y consensos que hagan posible que la zona de Son Bosc pase a formar parte nuevamente del Parque Natural S’Albufera de Mallorca y se integre también en el Sitio Ramsar para que, consecuentemente, dicha zona sea gestionada como parte integral del espacio natural protegido mediante la aplicación de la normativa autonómica, estatal, europea e internacional que sea de aplicación;

iv) A pesar de las transformaciones e impactos sufridos por la zona de Son Bosc desde hace mucho tiempo, y más aún en fecha reciente, en la misma se conservan

los valores y funciones ecológicos esenciales, que son ciertamente recuperables si se aplican las más modernas técnicas de restauración ecológica disponibles, según se presentan, entre otros instrumentos técnicos, en los Principios y lineamientos para la restauración de humedales (2002) de la Convención de Ramsar;

v) Se debería por lo tanto proceder al diseño y ejecución inmediata de un proyecto específico de restauración ecológica de la zona de Son Bosc, proyecto que debería considerar tanto los impactos de las obras que ya se han llevado a cabo para la construcción del campo de golf (obras que en el momento de la MAR estaban paralizadas por la administración), como los efectos de otras transformaciones sufridas con anterioridad por el espacio en cuestión;

y vi) Se debería entablar un diálogo con los distintos grupos con intereses en el desarrollo socioeconómico de la zona (promotores del proyecto de campo de golf, autoridades municipales, grupos hoteleros, etc.) con el objetivo de diseñar y poner en marcha un proceso multisectorial mediante el cual se puedan identificar y llevar a la práctica alternativas realistas y efectivas a las aspiraciones de tipo socio-económico que dieron lugar a la concepción y promoción del proyecto de campo de golf en Son Bosc, partiendo del principio clave de todo sistema democrático de que el interés común debe prevalecer por encima de los intereses particulares.

Este proceso debería incluir técnicas de mediación y resolución de conflictos aplicadas por personal idóneo y de absoluta neutralidad para intentar rebajar, en toda la medida de lo posible, el alto grado de confrontación social y política que ha generado el proyecto de campo de golf de Son Bosc, cuya tramitación ha pasado por innumerables vaivenes de todo tipo desde su inicio en 1998.

14) Formulada denuncia penal, se incoaron las diligencias previas nº 1051/2011 por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Inca. Con sustento en la existencia de este proceso penal, mediante resolución de 13 de junio de 2011 se acordó la suspensión de la tramitación del expediente sancionador hasta que se dicte la correspondiente resolución judicial, siendo notificada el 22 de junio de 2011. El plazo para dictar la resolución expresa y notificarse es de un año desde la fecha de inicio, de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 14/1994, de 10 de febrero.

15) Las Diligencias Previas nº 1015/2011, tramitadas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Inca fueron sobreseídas provisionalmente por Auto dictado el 17 de abril de 2015.

A la vista del relato fáctico, volvamos a los hechos concretos que conciernen a la resolución impugnada. Qué duda cabe de que la resolución dictada por el director general de Biodiversidad el 10 de agosto de 2010 acordó el inicio del expediente sancionador núm. EN-069/10 y supuso la adopción —en prevención— de una serie de medidas cautelares consistentes en la paralización de las obras llevadas a cabo en terrenos incluidos en la propuesta de ampliación de la ZEPA de s'Albufera (procedimiento iniciado el 9 de julio de 2010), así como en el precinto de la zona, a fin de evitar que se continuasen produciendo daños al medio ambiente, sin que para la adecuación jurídica de tal decisión preventiva se requiriera en ese momento la constatación probada de la comisión de una infracción administrativa, sino solo la sospecha de su existencia, indicio de conducta infractora sobre el que descansa la motivación del inicio del expediente sancionador, relegando la necesaria acreditación de su efectiva perpetración a la resolución que ponga fin al procedimiento.

La adopción de las medidas provisionales o “cautelares” en el seno de los procedimientos administrativos, en general, y en los sancionadores, en particular, reguladas en los artículos 72 y 136 LPAC, tiene como fin preservar la eficacia de la resolución que pudiese dictarse en su día, pero sin que se exija para ser acordadas que concurran todos los elementos que permitan a la Administración emitir una decisión definitiva, ya que esta exigencia eliminaría la razón de ser y la virtualidad práctica de tales medidas.

Por ello, la Sentencia desestima este motivo de impugnación, al igual que lo hace con el motivo de falta de competencia. La resolución afirma sobre este concreto extremo lo siguiente:

El Director General de Biodiversidad ostenta competencia para iniciar procedimiento sancionador en materia de “planificación, conservación y gestión de espacios naturales protegidos”, de acuerdo con el artículo 2.4 b) del Decreto 11/2007, de 11 de julio, del Presidente de las Illes Balears, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las *Conselleries* de la CAIB: “b) Dirección General de Biodiversidad: biodiversidad y ordenación de los recursos naturales en relación con las competencias de la Dirección General; planificación, conservación y gestión de los espacios naturales protegidos al amparo de la legislación ambiental; ecosistemas terrestres y marinos en los términos previstos en la legislación vigente; paisaje, cartografía; especies protegidas; recursos forestales; planificación y gestión forestal y de montes;

prevención y extinción de incendios forestales; caza; ejecución de planes y acuerdos nacionales e internacionales relativos a las competencias de la Dirección General”.

Es evidente que, a través de las medidas preventivas de paralización de los trabajos y de precinto de la zona acordadas por el director general de Biodiversidad en el acuerdo de incoación de un expediente sancionador, se pretendía precisamente evitar la degradación del Parque Natural y ZEPA adyacente, s’Albufera de Mallorca, tal y como aparece justificado en el acto administrativo, por lo que la resolución administrativa impugnada no aparece viciada de incompetencia, siendo conforme con el artículo 127.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (“El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario”), el artículo 2.4 b) del Decreto 11/2007 y los artículos 46 y 47 de la LECO.

En idéntico sentido el Tribunal afirma:

En cuanto a la inaplicabilidad de un conjunto de normas y decisiones administrativas, denunciando la arbitrariedad de la decisión administrativa, resulta que las medidas cautelares tratan de salvaguardar el entorno de Son Bosc, S’Albufera, la cual es un Parque Natural y ZEPA, así como los propios terrenos donde se ha proyectado el campo de golf ante su inminente inclusión en el espacio natural protegido mencionado, siendo de aplicación el Decreto 4/1988, de 28 de septiembre, de declaración del Parque Natural de S’Albufera de Mallorca, el Decreto 19/1999, de 12 de marzo por el que se aprueba el Plan de Uso y Gestión (PRUG) del Parque Natural de S’Albufera de Mallorca, el Decreto 28/2006, de 24 de marzo, por el que se declaran las Zonas de Especial Protección de las Aves (ZEPA) en el ámbito de Baleares, 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, así como la resolución del *Conseller de Medi Ambient* de 3 de agosto de 2009, de aprobación del Plan de conservación de *orchis palustris* en Mallorca, máxime cuando esta resolución se menciona en la propia Ley 9/2010 como justificación de la adecuación ambiental de la instalación deportiva.

La mención a un reglamento anulado con posterioridad (el Decreto 52/2003, por el que se incluyó Son Bosc en el Parque Natural de S’Albufera) y a una Directiva derogada después, pero sin afectar a las cuestiones controvertidas relativas a las medidas a adoptar y especies protegidas (Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2

de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, ha sido derogada, con efectos desde el 15 de febrero de 2010, por el artículo 18 de la Directiva 2009/147/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre), se tratan de meros errores materiales que no afectan a la legalidad de las medidas provisionales, ni mucho menos apuntan una actuación arbitraria.

A la misma conclusión debe llegarse por la omisión de la mención a que en el BOIB extraordinario nº 78, de 4 de junio de 2008, se publicó el acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno el 30 de mayo de 2008, mediante el cual se crearon nuevas zonas de especial protección para las aves (ZEPA), ampliando la superficie de algunas de las existentes en las Islas de Mallorca y de Menorca, así como creando cuatro nuevas ZEPA.

Y, por último, el acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de julio de 2010, sobre la ampliación de la zona de especial protección de S'Albufera de Mallorca (ES0000038) no ha sido expresamente derogado, por lo que concierne a la finca registral nº 16.091 del término municipal de Muro, por el apartado primero de la disposición derogatoria de la Ley 9/2010, de 27 de julio, sino que fue el acuerdo de 26 de febrero de 2010, referente al inicio de elaboración del PORN.

La demanda debe desestimarse en cuanto a estos extremos.

Naturalmente, la adopción de las medidas provisionales aquí impugnadas se circunscribe a las reguladas en el seno de las reglas de los procedimientos sancionadores, ya transcritas en los fundamentos anteriores, respondiendo a la finalidad de tutela de un espacio protegido por diversas fuentes normativas de carácter internacional, comunitario, estatal y autonómico como es s'Albufera de Mallorca.

La Sentencia desestima íntegramente el recurso y confirma el acto administrativo impugnado por ser conforme a derecho.

3. Sobre el cierre de accesos con servidumbre de paso pública para acceso al mar, por motivos ambientales: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (número 514/2015), de 15 de septiembre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100508, núm. procedimiento PO 122/2013)

El tercer caso que planteamos tiene un trasfondo paradójico. Por una parte, se pondera el derecho de paso por una finca privada en un camino de uso inmemorial que, además, sirve de acceso al mar en cumplimiento de la legislación de costas. Este derecho de paso

fue conseguido en los tribunales tras largos y numerosos pleitos. Por otra, la propiedad de la finca consigue que se limite o cierre el derecho de paso aduciendo motivos ambientales. La ponderación de ambos conflictos es compleja y la Sentencia llega a unas conclusiones que no son compartidas por algunas administraciones y colectivos de diversa índole.

El caso es expuesto partiendo del hecho de que la mercantil Menani, S. A., es propietaria de las fincas conocidas en su conjunto como Ternelles, todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad de Pollença. Todos los caminos que la cruzan son propiedad privada, y así lo ha declarado la jurisdicción civil en Sentencia firme de 20 de octubre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Inca en autos de Juicio Ordinario 282/2010, confirmada por la Sentencia núm. 47/2013, de 4 de febrero, de la Audiencia Provincial, Sección Cuarta, y la Sentencia del TS, Sala Primera, núm. 98/2015, dictada en recurso de casación 914/2013, que desestimó la casación interpuesta contra la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Sin embargo, reconocido el dominio privado y en cuanto a la servidumbre de paso para acceso al mar por el camino de Ternelles, la Sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Inca declara:

Y se desestima la acción negatoria de servidumbre ejercitada por la parte demandante, por lo que no procede declarar la inexistencia de servidumbre de paso a favor del Ayuntamiento de Pollença.

A su vez, la Sentencia del TS 98/2015, de 27 de febrero, de la Sala Primera dictada en casación dice:

2.- Las sentencias de instancia han estimado la acción declarativa de dominio con la declaración explícita en el fallo, “que por dichas fincas no discurre camino alguno que no sea propiedad de la parte demandante y que en el interior de esas fincas no existe ningún camino de dominio público”. Esta primera acción de la demanda ha sido estimada y consentida por el Ayuntamiento demandado y no ha llegado a casación. Así, se ha consolidado el derecho de propiedad de MENANI, S.A. sin camino alguno ajeno que atravesase su predio.

Otra cosa es la acción negatoria de servidumbre. Esta acción ha sido rechazada por las sentencias de instancia; no cabe obviar que no ha sido ejercitada por la parte demandada la acción confesoria de servidumbre por lo que sólo cabe entrar en

casación sobre la negación o no de una servidumbre, sin pronunciarse expresamente sobre su existencia.

La sentencia de primera instancia, del Juzgado nº 2 de Inca, de 20 octubre 2011, advierte que el Ayuntamiento de Pollença, como demandado, mantiene que la finca Ternelles está gravada por la servidumbre legal de acceso público al mar que impone la vigente ley de costas.

Es de interés recordar el texto del artículo 550 del Código civil:

“Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y, en su defecto, por las disposiciones del presente título.”

Y, asimismo, la sentencia de 15 diciembre 1993 de esta Sala, expresa, con referencia a este artículo:

“Los derechos reales de servidumbre no se agotan en los que contempla el Código Civil y así su artículo 550 lo da a entender, acentuándose su carácter de norma de remisión, en cuanto a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal, las que se rigen por las leyes y reglamentos especiales y, en su defecto, es decir, en todo caso, por la normativa civil de las servidumbres legales.”

La Sentencia invocada repasa una serie de jurisprudencia aplicable al caso y señala lo siguiente:

Ello supone que las previsiones que dicho precepto contempla tienen naturaleza imperativa, pero entendemos que la salvedad que el precepto contiene respecto a los espacios calificados como de especial protección no significa que en ellos no tenga aplicación el precepto citado, sino que las previsiones descritas podrán ser objeto de regulación y limitación, e incluso eliminadas en todo o en parte.

Entendemos que el principio general se establece en el apartado primero del precepto. En él se ordena la constitución de la servidumbre de acceso público y gratuito al mar. Es la naturaleza de los terrenos sobre los que haya de discurrir la servidumbre la que deberá dar lugar a la fijación de sus características. En terrenos de especial protección, y cuando así lo exijan sus peculiaridades que deben resultar del expediente, se podrá acordar parte de la exclusión total del uso público. Pero mientras no conste en el expediente, sino al contrario, la necesidad de esta exclusión el principio ha de ser el del uso público, aunque con las limitaciones que resulten procedentes.

Finalmente, y sólo desde un punto de vista dialéctico, aunque la cuestión tiene una evidente repercusión en el ámbito de Autonomía Local, no puede aceptarse la argumentación contenida en la sentencia sobre “la falta de motivación legal de la propuesta”. Contrariamente, y por lo razonado, la “propuesta” tenía a su favor los principios legales aplicables. Es la resolución recurrida quien invoca unos intereses ambientales que no resultan del expediente, en defensa de unas competencias que tampoco se acreditan y con el apoyo de unos preceptos legales que no prestan cobertura bastante a las prescripciones actuadas.

El debate del pleito se fundamenta en examinar si, sobre la base del PORN de la Serra de Tramuntana aprobado por Decreto 19/2007, de 16 de marzo, al que el PGOU todavía no está adaptado —Plan de Ordenación que contempla una severa protección medioambiental en toda la sierra de Tramuntana donde se ubica ese concreto suelo—, la servidumbre de paso para acceso al mar que contempla el PGOU sobre la base de lo establecido en el artículo 28-2 de la Ley de Costas, impuesta por Acuerdo del Consell Insular de Mallorca de 26 de julio de 2006 y, por lo tanto, anterior a la entrada en vigor del PORN, resulta conforme a derecho. O si, por el contrario, resulta una contradicción flagrante entre ambas regulaciones, de forma que, o bien se imposibilita el acceso general público a través de ese suelo o de parte de él precisamente por su alto valor medio ambiental, para lo que se solicita la exclusión de la servidumbre de paso sobre dicha finca, pretensión principal del suplico de la demanda, o bien se adapta y armoniza dicho acceso público con las condiciones necesarias que aseguren su alto valor ecológico y medioambiental, lo que comportaría una adaptación del PGOU al PORN, pretensión coincidente con la subsidiaria del suplico de la demanda aquí comentada.

Examinada la normativa que constituye la regulación aplicable, pronto se comprende que el debate debe plantearse desde la perspectiva no tanto de si el camino pasa por zona de exclusión o no —que en mayor o menor longitud ya hemos dicho que sí la atraviesa—, sino si es posible o no que el público en general pueda acceder como uso recreativo y de ocio a los enclaves de la playa des Castell y al Castell des Rei, por encontrarse esos parajes concretos en zona de exclusión.

Que el camino atraviese o no un paraje en zona de exclusión, como efectivamente ha quedado probado en autos que ocurre tanto respecto al tramo que lleva a la fortaleza como a los últimos 65 metros de acceso a la playa des Castell, resulta, en definitiva, intrascendente por cuanto el PORN produce efectos desde su publicación en adelante,

de forma que, conforme al artículo 96-2 de ese instrumento, “no pueden abrirse nuevos caminos” en el ámbito territorial de ese planeamiento, lo que no equivale a considerar que los que ya están abiertos hayan devenido inoperativos, máxime cuando el propio PORN establece en su artículo 1-2 lo siguiente: “El ámbito territorial del presente Plan es el que se define gráficamente en el plano que constituye el anexo cartográfico II.1 de este documento y comprende total o parcialmente los términos municipales de Alaró, Andratx, Banyalbufar, Bunyola, Calvià, Campanet, Deià, Escorca, Esporles, Estellencs, Fornalutx, Lloseta, Mancor de la Vall, Palma, Pollença, Puigpunyent, Santa Maria, Selva, Sóller y Valldemossa y excluye los sistemas de infraestructuras, equipamientos y las APT de carreteras grafiadas y previstos en el PTI de Mallorca aprobado por el Pleno del Consell Insular de 3 de diciembre de 2004”. Nótese que en la cartografía del PTI de Mallorca el camino que accede hasta el Castell del Rei ya está contemplado en el plano de rutas de interés cultural y naturalístico, en concreto en la ruta de castillos.

Por lo tanto, el debate ha de reconducirse al análisis del acceso del público a esos dos parajes concretos en el legítimo derecho a disfrutar como uso recreativo y de ocio del entorno natural en el que se encuentran.

En este sentido, la Sentencia avanza en el examen del caso y plantea lo siguiente:

Ya hemos visto que el artículo 62 del PORN contempla como uso prohibido el uso recreativo y deportivo en la zona de Exclusión, y aunque el artículo 61-3 permite que el Plan Rector de Uso y Gestión pueda establecer excepciones a la regla general, ello ha de entenderse que esa posibilidad no alcanza a establecer excepciones a la prohibición contenida en el apartado 2º del artículo 61 del PORN, sino únicamente excepciones al régimen general establecido en el artículo 61-1 que son los usos autorizados como regla general. Disfrutar del mar para bañarse en sus aguas, es un uso recreativo y de ocio de las personas que tienen pleno derecho a disfrutar del medio ambiente y de la Naturaleza. Pero este uso, es un uso autorizable en la zona de uso Limitado, y uso permitido en la Zona de uso Compatible y de uso General, pero un uso prohibido en Zona de Exclusión.

De la cartografía aportada a los autos se observa que toda la zona ribereña con el mar en ese concreto enclave es zona de Exclusión, por lo que el disfrute del baño en esas concretas aguas resulta un uso prohibido. En consecuencia en la medida que el camino que constituye la servidumbre de paso para acceso al mar, encontrándose la ribera marítima en zona de exclusión, la posibilidad de que el público en general pueda acceder a esa concreta zona y en particular a la playa des

Castell para las actividades propias en ese ámbito, actividades que tienen naturaleza lúdica y de recreo, al fin deviene un uso prohibido. Y ello porque así lo establece expresamente el PORN al calificar toda esa zona territorial como zona de exclusión, lo que equivale a un entorno de alto valor ambiental y digno de protegerse, pudiendo realizarse en ese espacio únicamente los usos que para esa zona contempla el citado Instrumento. Así pues el PORN ha comportado la contradicción entre ese planeamiento y la servidumbre de acceso al mar contemplada en el PGOU, en lo que concierne a todo el espacio que discurre por zona de exclusión, ya que no es posible que el público en general acceda al ámbito espacial de la zona de exclusión, y tanto la playa des Castell como la fortaleza se sitúan claramente en dicha zona. Y que el PRUG pueda establecer excepciones a la regla general conforme al artículo 61-3 del PORN no significa que pueda contemplar excepciones a la prohibición fijada en el apartado 2º del citado artículo, sino únicamente excepciones a la regla general fijada en el artículo 61-1 de ese planeamiento.

La imposibilidad de acceder el público al mar y a su ribera es una realidad que contempla el artículo 2 b) de la Ley 22/1988 de Costas cuando establece que “La actuación administrativa sobre el dominio público marítimo terrestre perseguirá [...] garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo terrestre, sin más excepciones que las derivadas de interés público debidamente justificadas”. El ámbito territorial del PORN incluye en la zona de Exclusión de ese concreto paraje a la zona de dominio público marítimo terrestre. Pues bien, si bien la Ley de Costas establece la garantía del uso público del mar y de su ribera, también lo es que la propia Ley de Costas permite determinadas excepciones debidamente justificadas. Y el PORN ha contemplado esa excepción al disfrute recreativo del mar en esa concreta zona y aguas, y ello por encontrarse en un paraje de alto valor ecológico y ambiental, motivo por el cual se ha calificado de Zona de Exclusión.

Igualmente, en su fundamento séptimo, la Sentencia plantea:

Y lo mismo ocurre en relación a la fortaleza del Castell del Rei que se encuentra en Zona de Exclusión. Si bien el Plan Territorial de Mallorca contempla el camino de acceso al Castell en la cartografía de rutas culturales y en concreto en la ruta de castillos, en el PORN esa fortaleza queda totalmente incluida en Zona de Exclusión, extremo este que es aceptado por todas las partes en el debate. Pues bien, el uso recreativo y cultural que supone la visita a las ruinas de ese castillo, es un uso prohibido para esa zona, dado su valor ecológico y medio ambiental, pues

solamente están permitidos en zona de Exclusión los usos científicos y los de conservación a tenor del artículo 10 del PORN, artículo inclusive más restrictivo que el artículo 22 a) de la Ley autonómica 5/2005 que permite en zonas de Exclusión usos de tipo educativo además de los usos científicos y de conservación. Por ello, al ser más restrictivo el PORN ha de prevalecer sobre lo contemplado en la Ley.

Por todo ello, la Sentencia se encamina a la resolución del modo siguiente:

OCTAVO: El suplico de la demanda solicita en su pretensión principal “se excluya de las previsiones del PGOU de Pollença la servidumbre de acceso al mar” sin distinguir entre el paso que accede a la fortaleza y el paso que accede al mar, lo que equivale a considerar que el cierre del camino de Ternelles es total y desde el principio de camino. Pues bien, atendiendo a que ese camino es un camino privado y que la servidumbre encuentra su *ratio essendi* para el acceso al mar conforme establece y prevé el artículo 28 de la Ley de Costas, la Sala debe estimar el recurso contencioso y esa pretensión al existir contradicción entre lo establecido en el PORN y el uso recreativo que supone el acceso del público a la playa mediante esa servidumbre de paso que el PGOU contempla, debiendo prevalecer lo establecido en el PORN, por ser instrumento de mayor rango y de directa aplicación. En definitiva ha devenido inviable la servidumbre legal de acceso al mar, contemplada en el planeamiento municipal, que tiene su fundamento en el artículo 28 de la Ley de Costas, porque en dicha zona está prohibido el uso recreativo y turístico. Y mantener esa servidumbre hasta el límite de la zona transitable no puede aceptarse porque el fundamento de esa limitación de propiedad reside en el derecho del público en general a acceder al mar conforme al citado artículo 28 de la Ley de Costas, por lo que no ha de mantenerse esa carga o gravamen en aquella parte que actualmente no queda afectada por la prohibición de acceso al público, ya que la finalidad de ese gravamen de la propiedad que no es otro que asegurar el acceso al mar, precisamente queda imposibilitada conforme al PORN por ser un uso prohibido el baño en la Playa des Castell al encontrarse en zona de exclusión.

Y en cuanto al camino que accede a la fortaleza que en su parte final también se sitúa en dicha zona de exclusión, al fin la servidumbre de paso lo era para acceso al mar y a la Playa des Castell, debiendo recordar ahora que la jurisdicción civil ha resuelto que “que por dichas fincas no discurre camino alguno que no sea propiedad de la parte demandante y que en el interior de esas fincas no existe ningún camino de dominio público”. Por lo tanto, si desaparece la causa que justifica el reconocimiento de la servidumbre de paso para acceder al mar no existe

razón alguna para mantener el derecho de paso al público por el camino que conduce a la fortaleza hasta el límite de la zona de exclusión, porque ese camino es un camino privado, y la causa y razón de ser de la servidumbre que contempla el PGOU lo es para acceso al mar, que ya se ha dicho que en zona de exclusión es un uso prohibido en la actualidad.

Estimándose la petición principal ya no procede analizar la pretensión subsidiaria.

NOVENO: En materia de costas de conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, la Sala considera que existen motivos para no hacer imposición de costas. En efecto, la inadmisibilidad alegada por la Administración que en la sentencia se resuelve desestimatoriamente en base a que la servidumbre y su utilización diaria es un acto de aplicación del planeamiento mismo, debe también armonizarse con el hecho de que la parte ha dejado transcurrir mucho tiempo desde la aprobación del PORN aprobado por Decreto 19/2007 y la petición expresa al Ayuntamiento de exclusión de esa servidumbre de paso de acceso al mar, que lo fue el 25 de noviembre de 2011, o sea transcurridos cinco años desde la regulación que contempla aquel Instrumento de planeamiento.

Por todo ello, se estima el recurso contencioso-administrativo y se excluye de las previsiones del PGOU del municipio de Pollença la servidumbre de acceso al mar a través del camino de Ternelles por los motivos argumentados de carácter ambiental.

4. Sobre construcciones de infraestructuras de interés general ante la existencia o carencia de figuras de ordenación y de protección: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (número 491/2015), de 14 de julio de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100487, núm. procedimiento 853/2009)

El último caso plantea una problemática procesal compleja que no interesa en exceso tratar aquí. Igualmente, como consecuencia de los elementos cruzados que constituyen el objeto del pleito, la decisión resulta compleja y el pronunciamiento final no está exento de dificultades interpretativas.

Veamos cómo presenta el Tribunal el objeto de los recursos:

El objeto de los presentes recursos contencioso-administrativos acumulados está constituido por las siguientes resoluciones administrativas expresas o presuntas:

1.- La resolución del Presidente de la Autoridad Portuaria de Baleares, de 29 de octubre de 2009, por la que se inadmitía el recurso de alzada presentado por GOB-GEN-EIVISSA el 16 de octubre de 2009 contra la resolución del Director de la

Autoridad Portuaria de Baleares de 26 de febrero de 2009 de aprobación técnica del proyecto de explanada y muelles comerciales al abrigo del dique de Botafoch en el puerto de Eivissa. Esa inadmisión se ha basado en la consideración que la aprobación técnica de ese proyecto constituye un acto de trámite no cualificado y, por tanto, insusceptible de impugnación separada, entendiéndose como acto definitivo la orden de contratación, impugnable mediante el recurso especial previsto en el art. 37.2 de la Ley 30/2007 (recurso nº 853/2009)

2.- La resolución de la Autoridad Portuaria de Baleares de 26 de febrero de 2009 ya recogida en el apartado anterior (recurso nº 763/2010).

3.- La resolución de la Autoridad Portuaria de Baleares, de 20 de abril de 2010, sobre aprobación técnica del Proyecto Constructivo de la variante adjudicada de explanada y muelles comerciales al abrigo del dique de Botafoch en el puerto de Eivissa (recurso nº 763/2010)

4.- El acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares, adoptado en sesión celebrada el 17 de julio de 2006, relativo a lo siguiente:

A).- Ratificar el Plan Director de Infraestructuras del Puerto de Eivissa de marzo de 2004 consensuado con Puertos del Estado.

B).- Facultar al Presidente para la aceptación de la introducción, en su caso, de las correcciones que pudiera acordar el Consejo Rector de Puertos del Estado en su preceptiva ratificación (recurso nº 853/2009)

5.- El acuerdo del Consejo Rector, adoptado en sesión celebrada el 18 de julio de 2006, por el que se ratificaba, de conformidad con lo previsto en el artículo 36.3 de la Ley 48/2003, el Plan Director de Infraestructuras del Puerto de Eivissa (recurso nº 853/2009)

6.- La desestimación presunta, a través de la ficción legal del silencio administrativo, de la solicitud formulada el 12 de julio de 2010 por la Comunidad de Titulares del Puerto Deportivo de Invernada Marina de Botafoch al Presidente de la Autoridad Portuaria de Baleares, referente a que se le permitiera la consulta y obtención de copias de los documentos y expedientes relacionados con el proyecto de explanada y muelles comerciales al abrigo del dique de Botafoch en el puerto de Eivissa (recurso nº 763/2010).

Los recursos descritos fueron interpuestos por diferentes actores, lo que, a su vez, comporta la concurrencia de peticiones contrapuestas y no siempre conciliables. Así,

estos recursos contencioso-administrativos acumulados versan sobre una determinada obra de remodelación —las explanadas con sus muelles— en el interior del Puerto de Ibiza, cuya zona de servicios fue aprobada, con la conformidad municipal y de la autoridad urbanística supramunicipal, por la Orden Ministerial de 7 de mayo de 1969, publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia* de 30 de agosto de 1969.

Esa zona de servicio del Puerto de Ibiza sigue vigente de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 27/1992, ahora disposición adicional primera del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, en adelante, TRLPEMM. La zona de servicio se funda en el uso portuario que, conforme a lo establecido en el artículo 72 del TRLPEMM, comprende: 1. Usos comerciales, entre los que figuran los relacionados con el intercambio entre modos de transporte, los relativos al desarrollo de servicios portuarios y otras actividades portuarias comerciales; 2. Usos pesqueros; 3. Usos náutico-deportivos; y 4. Usos complementarios o auxiliares de los anteriores.

Por otro lado, debemos recordar que la delimitación de la zona de servicio corresponde a la Administración del Estado, y, en concreto, al Ministerio de Fomento, a través en estos momentos de la denominada “Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios”, que, mediante la modificación operada por la Ley 33/2010, sustituyó al instrumento previsto con anterioridad por la LPEMM, que era el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios. También cabe recordar que el espacio de agua incluido en la zona de servicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 69.2 TRLPEMM, comprende igualmente los espacios de reserva necesarios para la ampliación del Puerto.

Pues bien, con ese punto de partida cabe ya señalar que la obra del caso, es decir, la explanada y los muelles comerciales al abrigo del dique de Botafoch, que no rebasaba el límite de la zona de servicio del Puerto de Ibiza, no estaba, por tanto, supeditada a que se contara al respecto con un plan de utilización de los espacios portuarios, sino que dependía del resultado que diera el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, esto es, dependía así de la declaración de impacto ambiental que procediera tras el estudio correspondiente.

Independientemente de lo que ya resultaba de la zona de servicios vigente, ha de tenerse en cuenta igualmente que se contaba también con el Plan Especial del Puerto de Ibiza, que fue aprobado definitivamente, si bien con prescripciones, por la Comisión Insular de Urbanismo de Ibiza-Formentera en sesión celebrada el 2 de diciembre de 1993. El

Plan Especial preveía, en lo que aquí puede importar, el nuevo dique de abrigo de Botafoch, explanadas y muelles en esa nueva zona abrigada y el nuevo acceso litoral por la ribera del Puerto. Las prescripciones afectantes a esas obras suponían, entre otras cosas, la supresión de una determinada terminal, habiéndose ejecutado de ese modo. La Dirección General de Política Ambiental del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente aprobó la declaración de impacto ambiental el 26 de junio de 1994, siendo publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 29 de septiembre de 1994. En marzo de 2004, habiéndose hecho necesario por ley —en concreto por lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 48/2003— la elaboración de un plan director como condición para la realización de nuevas obras de infraestructura que, como las del caso, alterasen de forma significativa la configuración del puerto, en definitiva, conforme a lo dispuesto en ese artículo 38 de la Ley 48/2003, fue aprobado el Plan Director de Infraestructuras del Puerto de Ibiza.

El proyecto general, denominado “Instalaciones portuarias con nuevo abrigo en el Puerto de Eivissa”, incluía tres actuaciones: la primera, el dique de abrigo; la segunda, el nuevo acceso; y la tercera, las explanadas con sus muelles, que amplían la superficie terrestre mediante terrenos ganados al mar y que es la actuación ahora cuestionada. Pues bien, ese proyecto general contaba con la ya mencionada declaración de impacto ambiental positiva de 26 de junio de 1994. De todos modos, en 2008 se aprobó también una declaración de impacto ambiental favorable.

En lo que concierne a los aspectos a comentar, la Sentencia repasa los requisitos de la condición de interesado en materia ambiental y en el fundamento segundo afirma:

SEGUNDO.- La defensa del derecho de participación, tal como viene establecida en los artículos 31 y 34 de la Ley 30/92, no únicamente alcanza a la intervención en el procedimiento administrativo de los directamente afectados por el mismo sino que se extiende también a aquellos cuyos intereses puedan resultar de algún modo afectados, con lo que, directamente, se garantiza que la actuación administrativa satisfaga la finalidad constitucional de defensa objetiva de los intereses generales, esto es, la adecuación a la norma de la decisión administrativa, y, además, indirectamente, se contribuye así a asegurar la eficacia de la decisión que se adopte.

Ese amplio reconocimiento de la legitimación se encamina a permitir igualmente el más extenso control judicial de las actuaciones de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, la condición de interesado no se ciñe a los que inician el procedimiento y a aquellos frente a los que se dirige el procedimiento sino que comprende también a cualesquiera otros cuyos derechos pudieran verse afectados por la decisión que se adopte, de modo que si esa decisión es susceptible de producir efectos en terceros, estos tienen la condición de interesados, se personen o no, con lo que la Administración viene obligada, ante todo, a comunicarles la tramitación del procedimiento y, desde luego, también a notificarles la decisión adoptada cuando así lo soliciten y no hubieran aun sido llamados.

La sentencia del Tribunal Constitucional número 55/86, como después, entre otras muchas, las sentencias número 90/91 y 32/92 ha señalado lo siguiente: “El contenido normal de este derecho (el de tutela) consiste en el logro de una resolución sobre el fondo de las pretensiones formuladas al órgano jurisdiccional, contenido que sólo cede cuando concurra alguna causa legal de inadmisión que sea razonadamente aplicada por aquél y a condición también de que el razonamiento se ajuste a las normas constitucionales y no se desvíe del sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental, de ahí que puedan incurrir en inconstitucionalidad merecedora de amparo las sentencias de inadmisión que, interpretando la legalidad ordinaria en un sentido desfavorable o menos favorable a la plena satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, impidan entrar en el enjuiciamiento de las cuestiones de fondo planteadas por las partes”.

Ahora bien, así reconocido en el artículo 19.1.b. de la Ley 29/98, ocurre que encontramos, por una parte, el reconocimiento de la impugnabilidad universal de las resoluciones administrativas —artículo 106.1—, conectado con la tutela judicial efectiva; y, por otra, la referencia al interés legítimo —que no directo— para acceder al recurso de amparo y, en definitiva, para la obtención de la indicada tutela —artículos 162.1 b) y 24.1—. Por lo tanto, siendo el problema de la legitimación un problema de legalidad ordinaria, no cabe olvidar aquello que en la fase judicial se trata de dilucidar, esto es, no si concurre interés directo, sino si concurre interés legítimo, cuyo concepto, como señala el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 60/1982, de 11 de octubre, es más amplio que el de interés directo.

Sobre esto la Sentencia dice:

Interés legítimo es el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por su situación personal o por ser destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier

ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando con motivo de la prosecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de ese interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione un concreto beneficio o perjuicio inmediato.

Por consiguiente, descartado aquí el mero interés de la legalidad y descartado en todo caso un interés frente a supuestos agravios presentes o futuros, la legitimación activa se anuda a que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada.

Finalmente, en lo relativo a la controversia ambiental de las obras discutidas, el Tribunal afirma:

En el caso que examinamos, las Administraciones demandadas no han aclarado nada sobre el concreto acto o disposición que legitime la extraordinaria obra de relleno del mar a que este pleito se refiere, lo cual resulta incomprensible cuando lo que se discute es la afirmación contraria de que esa obra tiene sólo su pretendido apoyo en el Plan Especial que aquí se impugna. La perplejidad es todavía mayor cuando la Administración a quien más afecta el pleito, que es la Autoridad Portuaria, dice en casación a este respecto que “el relleno tiene, ciertamente, otras bases, que no han sido cuestionadas y que no son del caso exponer en este momento procesal”.

En nuestro caso, como ya hemos señalado anteriormente, la explanada y muelles comerciales al abrigo del dique de Botafoch, que no rebasaba el límite de la Zona de Servicio del Puerto de Ibiza, no estaba por tanto supeditada a que se contara al respecto con un Plan de Utilización de los Espacios Portuarios sino que dependía del resultado que diera el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, con lo que se sometía así la Declaración de Impacto Ambiental que procediera tras el estudio correspondiente.

Vigente, como ya hemos dicho, la Zona de Servicios, se contaba también el caso con el Plan Especial del Puerto de Eivissa, que fue aprobado definitivamente, bien que con prescripciones, por la Comisión Insular de Urbanismo de Eivissa-Formentera en sesión celebrada el 2 de diciembre de 1993. Y ese Plan Especial del Puerto de Eivissa contemplaba el nuevo dique de abrigo de Botafoch, explanadas y muelles, en esa nueva zona abrigada y el nuevo acceso litoral por la ribera del Puerto.

La Dirección General de Política Ambiental del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente había aprobado la declaración de impacto

ambiental el 26 de junio de 1994, siendo publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de septiembre de 1994.

En marzo de 2004, habiéndose hecho necesario por Ley, en concreto por lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 48/2003, la elaboración de un Plan Director como condición para la realización de nuevas obras de infraestructura que, como las del caso, alterasen de forma significativa la configuración del puerto, en definitiva, conforme a lo dispuesto en ese artículo 38 de la Ley 48/2003, fue aprobado el Plan Director de Infraestructuras del Puerto de Eivissa.

El Proyecto General denominado “Instalaciones Portuarias con nuevo abrigo en el Puerto de Eivissa” incluía tres actuaciones: la primera, el dique de abrigo; la segunda, el nuevo acceso; y, la tercera, las explanadas con sus muelles, que amplían la superficie terrestre mediante terrenos ganados al mar y que es la actuación ahora cuestionada.

Ese Proyecto General contaba con la ya mencionada Declaración de Impacto Ambiental positiva de 26 de junio de 1994, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 28 de septiembre de 1994.

Además, el 17 de junio de 2008 se aprobó por la Secretaría de Estado de Cambio Climático la declaración favorable del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de explanada y muelles comerciales al abrigo del dique de Botafoch, siendo publicada el 2 de septiembre de 2008 en el Boletín Oficial del Estado. Esa declaración se sujetaba, primero, a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de adaptación de la normativa interna al Derecho Comunitario, desarrollado por el Real Decreto 1131/1988 y sus modificaciones; segundo, a la Ley 9/2006, después Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, y ahora ya Ley 21/2013; y, tercero, a la Ley CAIB 11/2006.

Es así, pues, como el 26 de febrero de 2009 el Director de la Autoridad Portuaria de Baleares aprobó técnicamente el proyecto de explanada y muelles comerciales al abrigo del dique de Botafoch, que era, como ya hemos dicho, la tercera de las actuaciones previstas en el Plan Especial del Puerto de Eivissa y la única que restaba aún por ejecutar.

La discrepancia técnica con el Estudio de Impacto Ambiental y su Declaración la basa la Comunidad de Titulares del Puerto Deportivo de Invernada Marina de Botafoch en los cuatro dictámenes aportados con su demanda [...].

Por lo demás, en el juicio se ha practicado la prueba documental propuesta por todas las partes y la testifical-pericial solicitada por la Administración, relativa al informe aportado con sus contestaciones a las dos demandas [...].

Los dictámenes aportados con la demanda presentada en el juicio por la Comunidad de Titulares del Puerto Deportivo de Invernada Marina de Botafoch, a nuestro juicio, son, desde luego, opiniones discrepantes del Estudio que resultó del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, pero no los consideramos ni reveladores de errores significativos ni más convincentes que la Declaración favorable emitida en el procedimiento de evaluación correspondiente tras dicho Estudio de Impacto Ambiental, detallado y preciso. En el mismo figuran, entre otros aspectos, la justificación exacta del proyecto, el análisis de alternativas, la localización cartográfica de los ecosistemas y especies y de los elementos que componían el proyecto para cada una de las alternativas presentadas, la especificación del lugar de vertido del dragado, el detalle de la superficie total a ocupar por la nueva explanada y los diques, las posibles afecciones, la definición de las acciones de recuperación de los terrenos afectados por las obras y las medidas correctoras correspondientes y el Plan de Vigilancia y Seguimiento.

Finalmente, se dilucida un último aspecto en consideración al hecho de la declaración de Ibiza como Patrimonio Mundial por la Unesco que incluye en su ámbito las praderas de posidonia. Sobre este punto, el Tribunal afirma:

Por lo que se refiere a la denuncia presentada ante la UNESCO por la ahora demandante, GOB-GENEIVISSA, ha de estarse a su resultado que, tras la misión evaluadora enviada a Ibiza en 2009, esa misión concluyó su evaluación señalando que era satisfactorio el estado general de conservación que presentaban las obras en esos momentos. Es cierto que la misión evaluadora de la UNESCO realizó recomendaciones para la mejora de la gestión de amenazas potenciales para la integridad del Lugar, pero fueron atendidas, llegándose así a que, en julio de 2010, la Asamblea de la UNESCO fijase las condiciones necesarias para el correcto seguimiento del estado de calidad del Lugar. Hay que tener en cuenta que las obras estaban incluidas en el entorno del Patrimonio Cultural, pero fuera del entorno de la Reserva de la Biosfera, con lo que las condiciones fijadas por la UNESCO que se referían a las obras del caso atañían al seguimiento arqueológico del dragado y de los vertidos del material dragado. Pues bien, esos vertidos se realizaron con autorización del Ministerio de Fomento —22 de septiembre de 2009— de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 131 de la ley 48/2003, a doce millas del puerto, a nueve millas del parque natural de Ses Salines y nueve millas al norte de la

Reserva de la Biosfera. Además, la Administración actuante quedó comprometida a redactar un Plan Especial de Vigilancia Ambiental de dichos trabajos de dragado y vertido, añadido al Plan de Vigilancia Ambiental derivado de las prescripciones de la declaración de impacto ambiental favorable de 17 de junio de 2008 y de cuyo cumplimiento hubo de darse cuenta a la UNESCO en febrero de 2011.

Es pacífico que las praderas de posidonia situadas al este de la bahía experimentaban un progresivo deterioro por la modificación de los factores ambientales a raíz las obras del caso. Pero, al respecto, el resultado del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, que fue, como ya sabemos, una declaración de impacto ambiental favorable expedida por la autoridad ambiental, se basó en la alternativa y en las condiciones que en esa resolución se especificaban, determinantes del correspondiente Plan de Vigilancia Ambiental que adoptaba las medidas preventivas, correctoras y compensatorias adecuadas para atenuar el deterioro detectado. Además, el acceso a la información ambiental fue cubierto en este caso adecuadamente, en concreto mediante el ofrecimiento de libre acceso a una página web —<http://www.ambientalmuellebotafocibiza.com>— que recogía constantemente los datos obtenidos en las tareas de vigilancia y control ambiental durante la ejecución de las obras, con los que se elaboraban después los preceptivos informes trimestrales a remitir para su consideración a la autoridad ambiental.

A la vista de todo lo expuesto, el Tribunal no tiene otra opción que resolver en el sentido siguiente: en cuanto al recurso contencioso-administrativo núm. 853/2009, la desestimación; y en cuanto al recurso contencioso núm. 763/2010, la inadmisión por extemporáneo por lo que se refiere a la impugnación de la resolución de 26 de febrero de 2009, la estimación por lo que se refiere a la impugnación de la desestimación presunta de la solicitud formulada el 12 de julio de 2010 y la desestimación en cuanto al resto.

Sumari: 1. Sobre l'exoneració de tràmit ambiental en modificacions de planejament urbanístic considerades de caràcter menor: la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (número 553/2015), de 29 de setembre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100538, núm. procediment PO197/2013). 2. Sobre la construcció d'un camp de golf en un entorn d'alt nivell de protecció: la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (número 592/2015), de 8 d'octubre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100579, núm. procediment PO 237/2011). 3. Sobre el tancament d'accessos amb servitud de pas pública per accés al mar, per motius ambientals: la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (número 514/2015), de 15 de setembre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100508, núm. procediment PO122/2013). 4. Sobre les construccions d'infraestructures d'interès general davant l'existència o manca de figures d'ordenació i de protecció: la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (número 491/2015), de 14 de juliol de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100487, núm. procediment 853/2009).

En el segon semestre de 2015 la jurisprudència ambiental que ha tingut lloc a les Illes Balears ha estat més aviat escassa o ha generat resolucions d'un interès relatiu. No obstant això, podem destacar quatre sentències que, per diferents motius, convé sintetitzar i comentar en relació amb el context actual de superació lenta d'un període econòmic compromès. Així, el marc normatiu que s'ha creat arran de la crisi econòmica ha relegat al medi ambient un paper secundari poc esperançador. Els controls ambientals s'han relaxat, i els impulsos a normes liberalitzadores destinades a la reactivació econòmica han implicat la supressió de controls territorials i ambientals.

Les sentències aportades analitzen quatre casos ben diferents. D'una banda, i relacionat amb el que hem comentat més amunt, tenim una primera resolució que tracta sobre l'exoneració temerària de tràmits ambientals en relació amb el planejament urbanístic, que en el cas d'actuacions implicava directament conseqüències ambientals indiscutibles. Per sort, la lucidesa de la Sala va definir el marc de flexibilització dels controls ambientals i de l'opció de l'exoneració per la via de considerar com a menors determinades modificacions de planejament urbanístic.

El segon cas permet confirmar la tesi que els valors ambientals es poden definir amb criteris objectius, i que les mesures destinades a preservar el medi han de prevaler per damunt dels simples interessos particulars, especialment quan les administracions ja van optar per un règim de protecció —després revocat— i quan existeixen dades que impliquen el deure de protegir determinats hàbitats a l'empara de la normativa europea. En aquest cas, el camp de golf que es va pretendre construir ha quedat bloquejat en reprendre's el tràmit d'inclusió de la zona com ZEPA i LIC en la proposta de Xarxa Natura 2000 de Balears.

El tercer cas que plantegem prové d'una possible perversió que implica un gir perillós encara que amb un cert fonament: la revocació per motius ambientals d'un dret de pas

públic per una finca privada gravada amb una servitud legal per accedir al mar. La vigència de la servitud va ser guanyada en el moment oportú en els tribunals, però ara aquests mateixos tribunals matisen aquesta servitud perquè restringeix el pas pel camí en qüestió per motius ambientals. Veurem com es pot reconduir aquest escenari que s'ha generat.

Finalment hem seleccionat un pronunciament relacionat amb l'ampliació i canvi d'usos portuaris a Eivissa, en un cas en el qual concorren deficiències en l'ordenació territorial, ambiental i de patrimoni mundial. La superposició de figures ha provocat un pronunciament de la Sala realment complex que, com veurem, no deixa ningú indiferent.

Passem a analitzar els casos que hem seleccionat.

1. Sobre l'exoneració de tràmit ambiental en modificacions de planejament urbanístic considerades de caràcter menor: la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (número 553/2015), de 29 de setembre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100538, núm. procediment PO 197/2013)

L'objecte del plet que ara comentem és l'Acord adoptat el 21 de març de 2013 pel Ple de l'Ajuntament de Palma de Mallorca, mitjançant el qual es va aprovar definitivament la modificació puntual del Pla General d'Ordenació Urbana (PGOU), referent a l'ampliació del sistema general de comunicacions i infraestructures 43-01-I, SGCI/ISBA, per poder implantar una estació de tractament d'aigua potable als voltants de la "Font de la Vila", situada a la carretera de Valldemosa. L'anunci de l'acord recorregut es va publicar al *Butlletí Oficial de les Illes Balears* núm. 50, de 13 d'abril de 2013.

Més concretament, el recurs intenta impedir la implantació d'una estació de tractament d'aigua potable als voltants de la "Font de la Vila" (que, d'altra banda, gaudeix de protecció patrimonial), situada en l'esmentada carretera de Valldemossa. La part demandant sol·licita que s'anul·li i es declari la disconformitat a dret de la disposició general impugnada, amb expressa imposició de costes a la part demandada. Per fonamentar aquesta petició, la part invoca els següents arguments:

En primer lloc, que l'acord que va adoptar el 3 maig de 2012 la CBMA, el qual va decidir la no-subjecció de la modificació a EAE, no podia ser recorregut de forma

independent, sinó que només podia impugnar-se juntament amb l'aprovació de la modificació de l'instrument de planejament que el motiva. Tot això, d'acord amb l'article 94 de la Llei 11/2006, ja que es tracta d'un acte de tràmit dictat en el procediment d'elaboració de la disposició general. Aquest argument se sosté en sentències dictades pel mateix Tribunal i enerva qualsevol causa d'inadmissibilitat, com ara la que planteja l'adversa.

En segon lloc, se sosté que és procedent la nul·litat de la modificació puntual del PGOU de Palma de Mallorca, ja que no es va sotmetre a avaluació ambiental estratègica (EAE), quan era preceptiva d'acord amb els articles 16 i 17 de la Llei balear 11/2006, de 14 de setembre, atès que la instal·lació de l'estació d'una nova depuradora a la zona prevista en la modificació del planejament genera efectes mediambientals moderats, ja que implica el canvi de la qualificació urbanística en una superfície de 42.984 m² i disminueix el sòl destinat a ús agrícola, afecta negativament el paisatge, el medi biòtic i la geomorfologia, d'acord amb l'informe elaborat pel pèrit de la causa. Els serveis tècnics i jurídics de la Comissió Balear de Medi Ambient (CBMA) van informar que la modificació puntual havia de sotmetre's a EAE, però finalment es va desatendre aquest criteri sense donar cap explicació.

La Direcció General de Recursos Hídrics va manifestar el seu parer contrari a la instal·lació de la nova estació depuradora a la zona prevista en la modificació del PGOU, i va recomanar cercar altres alternatives. La memòria anàlisi municipal inclou recomanacions ambientals genèriques i imprecises, que no eviten l'artificialització de sòl rústic per instal·lar la depuradora, amb noves construccions i vials.

Finalment, s'argumentava que la modificació puntual era nul·la per l'absència de justificació, primer, de l'existència d'una contaminació microbiològica com a motiu adduït per a la implantació de la nova estació depuradora; segon, per la falta de consideració d'altres alternatives més adequades; tercer, per no haver motivat que la zona prevista per a la implantació fos la més adequada, i quart, per haver raonat insuficientment la dimensió superficial. Aquesta motivació és exigible a fi que els tribunals puguin controlar el correcte exercici de la potestat planificadora de caràcter urbanístic pertanyent a l'Administració, de naturalesa discrecional.

Com a punt de partida, hem de destacar que, com la Sala ha determinat de forma reiterada, la potestat administrativa de planejament urbanístic és fonamentalment discrecional. A l'Administració li correspon, atenint-se a l'evolució social i el

desenvolupament econòmic de la ciutadania, adoptar el model territorial i urbanístic sobre el qual ha d'assentar-se la població del seu territori.

Aquesta decisió òbviament s'assenta sobre la potestat discrecional que se li reconeix a l'Administració a aquests efectes, sense que s'eximeixi de control jurisdiccional aquesta potestat, el qual es du a terme tant sobre els fets determinants que motiven aquesta actuació com sobre la decisió que s'ha adoptat. S'ha d'examinar si el resultat presenta coherència i racionalitat amb el pressupost fàctic del qual es parteix, de manera que, si no és així, es conclou que l'actuació resultant és contrària a la legalitat per haver incidit en supòsit d'arbitrarietat i haver infringit el que disposa l'article 9 de la Constitució, i per això el Tribunal rebutja la discrecionalitat que s'ha convertit en causa de decisions desproveïdes de cap justificació fàctica.

La Jurisprudència és constant en el pronunciament que la classificació de sòl urbà o no urbanitzable d'especial protecció no té caràcter discrecional per a l'Administració com així ocorre quan classifica sòls com a urbans. El caràcter reglat que té el sòl urbà parteix de l'apreciació de la realitat fàctica del terreny, de manera que si té accés rodat, proveïment d'aigües, evacuació d'aigües residuals i subministrament d'energia elèctrica, i a més, s'insereix en una malla urbana, de manera que els terrenys es trobin inclosos en un entorn perimetral, en els quals a manera de dotació bàsica hi hagi xarxes de subministraments d'energia, aigua i sanejament, tota aquesta obra transformadora confereix a aquest sòl la condició d'urbà i ha de ser classificat com tal. També ho ha de ser el que estigui edificat en més dels seus dos terços (sentències del Tribunal Suprem de 19 d'octubre de 2006, 30 de juny de 2006, 7 i 22 d'octubre de 2010, i 29 d'abril de 2011 entre moltes altres). De la mateixa manera, el Tribunal Suprem, en les sentències de 25 de març i 16 de desembre de 2010 indica que el mateix ocorre amb el sòl no urbanitzable de terrenys subjectes a algun règim de protecció especial, en atenció als seus valors paisatgístics històrics, arqueològics, cinètics ambientals o culturals o té un valor agrícola, forestal ramader o per les seves riqueses naturals.

Com llegim en la sentència, en aquest assumpte es tracta d'examinar la conformitat a dret de l'aprovació per l'Ajuntament d'una modificació puntual del PGOU de Palma de Mallorca, la qual té com a objecte implantar un canvi de classificació i de qualificació d'uns terrenys adjacents a la "Font de la Vila", que han passat de ser sòl rústic comú a sòl destinat a sistema general de comunicacions i infraestructures, com a marc espacial per implantar una estació de tractament d'aigua potable (ETAP) a la "Font de la Vila".

De l'expedient administratiu se'n desprenen una sèrie d'actuacions, informes, tràmits, que aparenten justificar la decisió municipal. Ara bé, el 12 de març de 2012 es va conferir traslladar el projecte de modificació puntual del PGOU, la memòria anàlisi i les consultes efectuades a la Comissió Balear de Medi Ambient (CBMA, *Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient i Territori*), que es va qualificar com una modificació menor que no té efectes significatius en el medi ambient, amb l'interès que es decidís la no-subjecció a la EAE, d'acord amb els articles 95 i següents de la Llei balear 11/2006.

Segueixen una sèrie de tràmits i informes que mantenen l'aparença que tot s'ajusta a dret, fins que el Ple de la Comissió Balear de Medi Ambient, en sessió de 3 de maig de 2012, d'acord amb l'annex III i l'article 95 de la Llei 11/2006, de 14 de setembre d'avaluacions d'impacte ambiental i avaluacions ambientals estratègiques a les Illes Balears, va decidir la no-subjecció de la modificació del planejament municipal a EAE, *sempre que es compleixin les prescripcions i recomanacions de la documentació presentada per EMAYA, i també el compliment dels condicionants de l'informe de la Direcció General de Recursos Hídrics*. L'anunci es va publicar en el BOIB núm. 96, de 5 de juliol de 2012.

El 24 de maig de 2012 es va emetre un informe favorable a la prossecució del procediment d'elaboració de la modificació puntual del PGOU, ateses les al·legacions efectuades per les Administracions afectades i l'acord adoptat per la CBMA el 3 de maig de 2012.

El Ple de l'Ajuntament de Palma de Mallorca va aprovar inicialment la modificació puntual del Pla General d'Ordenació Urbana en la sessió ordinària de 28 de juny de 2012, va sotmetre la proposta a informació pública i va sol·licitar informe a la Comissió d'Emergències i Protecció dels Illes Balears (BOIB núm. 90, de 5 de juliol de 2012). Finalment el Ple de l'Ajuntament de Palma de Mallorca, en sessió celebrada el 21 de març de 2013, va acordar aprovar definitivament la modificació puntual del PGOU referida a l'ampliació del SGCI/IS-P 43-01-I per poder implantar una estació de tractament d'aigua potable al costat de la "Font de la Vila", a instàncies d'EMAYA, i es va publicar en el BOIB núm. 50, de 13 d'abril de 2013.

La causa d'inadmissibilitat que esgrimia la part codemandada, no pot operar pels motius següents:

L'Ajuntament de Palma de Mallorca, d'acord amb l'article 17, en relació amb els articles 95 a 97 de la Llei balear 11/2006, va sotmetre al parer de l'"òrgan ambiental" (Comissió Balear de Medi Ambient) si concorria o no la necessitat de submissió de la modificació del PGOU a EAE, i la CBMA va decidir que el pla no estava subjecte a aquesta formalitat. La tramitació de la modificació puntual del PGOU va continuar el seu curs, i l'actor va impugnar-ne l'aprovació, entre altres motius, per no haver-se sotmès a EAE, considerant que era necessària perquè la disposició urbanística produïa efectes significatius sobre el medi ambient. És a dir, el recurrent s'oposa frontalment a l'acord de la CBMA de 3 de maig de 2012, però no ho va impugnar en el moment oportú.

Malgrat la doctrina jurisprudencial que hem esmentat més amunt, que determina que les decisions adoptades pels òrgans ambientals competents sobre la no-submissió d'un determinat pla o programa a EAE són impugnables de forma separada (rectificant la doctrina seguida per aquest Tribunal Superior de Justícia fins a temps recents), sense poder ser declarat inadmissible el recurs contenciós interposat en contra seva, això no impedeix que, en honor a la tutela judicial efectiva proclamada com a dret fonamental en l'article 24.1 de la Constitució, interposat un recurs contenciós administratiu contra l'aprovació d'un pla o programa que no es va sotmetre a EAE, un dels arguments impugnatoris sigui que va haver de subjectar-se a aquesta avaluació ambiental.

La causa d'inadmissibilitat ha de ser rebutjada, a més que, en l'assumpte examinat ha de destacar-se que el recurs contenciós només es dirigeix contra l'acord del Ple de l'Ajuntament de Palma de Mallorca de 21 de març de 2013, no contra la decisió de la CBMA adoptada el 3 de maig de 2012 consistent a no considerar que la modificació del PGOU hagués de sotmetre's a EAE.

Però anant al fons de l'assumpte, la necessitat o no que la modificació puntual de l'instrument general de planejament de Palma de Mallorca aquí impugnada se sotmetés a "avaluació ambiental estratègica" (EAE), el Tribunal parteix de l'abundant jurisprudència dictada en relació amb els orígens, el fonament, la naturalesa jurídica, l'àmbit d'aplicació i els seus efectes, recopilada en la Sentència del Tribunal Suprem de 8 de juny de 2015 (Secció 5a), que transcriu literalment.

Així, a la llum d'aquesta important sentència, el Tribunal conclou:

Partint de les consideracions exposades, havent-se acreditat que la modificació puntual del PGOU de Palma per a la instal·lació d'una ETAP a la Font de la Vila produeix efectes significatius sobre el medi ambient, va haver de sotmetre's a EAE,

i la seva aprovació definitiva va ser nul·la de ple dret, en virtut de l'article 5 de la Llei balear 11/2006 i l'article 62.2 de la LPAC. El recurs contenciós administratiu es va haver d'estimar sense necessitat de pronunciar-se sobre les restants qüestions plantejades en la demanda, concernents a la justificació, pertinència i proporcionalitat de la implantació d'una estació depuradora, ja que la seva anàlisi té com a premissa que el procediment d'elaboració de la disposició urbanística no hagi omès cap tràmit essencial.

La sentència, per tant, estima el recurs contenciós i declara disconforme amb l'ordenament jurídic la disposició general Impugnada i, per tant, l'anul·la.

Aquest pronunciament és especialment rellevant pel motiu següent: durant la legislatura 2011-2015, va ser pràctica comuna exonerar de forma poc justificada una infinitat de projectes i programes, que han estat impugnats. No descartem, per tant, que en un futur recaiguin noves sentències en aquest mateix sentit. La ponderació de l'avaluació ambiental i la falta de justificació de la seva exoneració.

2. Sobre la construcció d'un camp de golf en un entorn d'alt nivell de protecció: la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (número 592/2015), de 8 d'octubre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100579, núm. procediment PO 237/2011)

El cas que presentem en segon lloc té com a objecte una sèrie de mesures dirigides a evitar una acció irreversible d'alteració ambiental derivada de la construcció d'un camp de golf en una zona ambientalment sensible, que anteriorment havia estat integrada al parc natural de s'Albufera de Mallorca. Més concretament, el recurs s'interposa contra la Resolució dictada el 23 de desembre de 2010 pel conseller de Medi Ambient i Mobilitat, mitjançant la qual es va desestimar el recurs d'alçada interposat per la mercantil "Golf Platja de Muro, SA" contra la Resolució adoptada el 10 d'agost de 2010 pel director general de Biodiversitat, sobre l'adopció de mesures cautelars consistents a ordenar la immediata paralització de les obres, treballs o activitats que es duen a terme a la finca de Son Bosc (terme municipal de Muro, Mallorca), amb el precintament de la zona afectada, mesures acordades juntament amb la incoació de l'expedient sancionador EN-069/10.

La part recurrent al·lega la falta de legitimació i competència per part del director general, i la manca de justificació legal per adoptar aquestes mesures. Igualment invoca

la caducitat de l'expedient sancionador. De fet, arriba a invocar set causes d'impugnació que són respostes per la representació legal de la comunitat autònoma.

La realitat fàctica es resumeix molt bé en la sentència en els següents termes:

1) El Parc Natural de s'Albufera de Mallorca forma part de l'Àrea Natural d'Especial Interès (ANEI) de s'Albufera, en aplicació de la Llei 1/1991, de 30 de gener, d'espais naturals i de règim urbanístic de les àrees d'especial protecció de les Illes Balears (LEN). S'Albufera de Mallorca va ser també un dels primers llocs inscrits per Espanya en la Llista d'aiguamolls d'importància internacional que porta la Convenció de Ramsar, mitjançant el corresponent acord adoptat pel Consell de Ministres el 28 de juliol de 1989 (BOE núm. 110, de 8 de maig de 1989). En l'àmbit europeu, forma part de la Xarxa Natura 2000 (codi ES0000038) per haver estat designat zona d'especial protecció per a les aus (ZEPA) d'acord amb la Directiva 79/409/CEE del Consell, de 2 d'abril de 1979, relativa a la conservació de les aus silvestres (la qual ha estat modificada en diverses ocasions i de forma substancial per la Directiva 2009/147/CE, del Parlament europeu i del Consell), i lloc d'importància comunitària (LIC), d'acord amb la Directiva Hàbitats 92/43/CEE. A més, és un dels llocs de la Xarxa de Reserves Biogenètiques Europees (Consell d'Europa, 1996).

2) La declaració com a Parc Natural de s'Albufera de Mallorca va ser aprovada mitjançant el Decret 4/1988, de 28 de gener (BOIB núm. 19 de 13 de febrer de 1988). El seu àmbit espacial va ser ampliat pel Decret 52/2003, de 16 de maig (BOIB núm. 82 de 10 de juny de 2003), que va incloure des de llavors la zona anomenada "Són Bosc" (finca registral núm. 16.091), però aquest decret es va anul·lar posteriorment mitjançant l'acord dictat pel Consell de Govern el 3 de gener de 2004, en el qual es va acceptar el requeriment emès per l'alcalde de Muro (BOIB núm. 19 de 7 de febrer de 2004).

Per tant, en un interval temporal d'aproximadament sis mesos entre els anys 2003 i 2004, la zona de Son Bosc va estar inclosa en la delimitació espacial corresponent al Parc Natural de s'Albufera de Mallorca.

3) Pel Decret 28/2006, de 24 de març, es van declarar zones d'especial protecció per a les aus (ZEPA) a les Illes Balears (BOIB núm. 47 EXT 4 de gener de 2006), entre les quals s'inclou (annex I Mallorca), amb el codi ES0000038, s'Albufera de Mallorca, sense que s'incloués Son Bosc. Mitjançant l'acord del Consell de Govern de 9 de juliol de 2010, es va iniciar el procediment per a l'ampliació d'aquesta ZEPA, que va passar a formar-ne part la zona de Son Bosc. I va ser

aprovada definitivament per mitjà de l'Acord del Consell de Govern de 25 de febrer de 2011 (BOIB núm. 38, 15 de març de 2011 i correcció d'errates en el BOIB núm. 39, de 17 de març de 2011).

4) Mitjançant acord del Consell de Govern de 26 de febrer de 2010 (BOIB núm. 33 de 02/27/2010) es va iniciar el procediment d'elaboració del Pla d'Ordenació (PORN) de s'Albufera de Mallorca, amb els efectes previstos en l'article 8 LECO, acte administratiu "derogat", com veurem, per l'apartat segon de la disposició derogatòria de la Llei balear 9/2010, de 27 de juliol.

5) La Llei balear 9/2010, de 27 de juliol, de declaració d'interès autonòmic de la construcció del camp de golf de Son Bosc a Muro (BOIB núm. 115, de 5 d'agost de 2010, en vigor des del 6 d'agost de 2010), en la seva exposició de motius, justifica, primer, l'aprovació d'una declaració d'interès autonòmic de la construcció d'un camp de golf mitjançant una llei "singular", i relaciona un conjunt de lleis qualificades com a "singulares" de la mateixa legislatura; segon, defensa la legalitat i conveniència de la instal·lació esportiva, que disposa de totes les autoritzacions i permisos, i conclou que: "Així, es considera necessària la declaració d'interès autonòmic de la construcció del camp de golf de Son Bosc a Muro, en aplicació del principi constitucional de la seguretat jurídica i per sobreure-ho del debat tendencios i aprioristic, atès que resulta manifestament impossible l'existència de qualsevol element que requereix una protecció excepcional que no hagi estat detectat, constatat i avaluat a l'agost de 2009, quan es va redactar en actitud de conservació d'*orchis palustris* a Mallorca, circumstància constatada fefaentment per l'actual president del Govern de les Illes Balears en la roda de premsa del passat dia 27 de gener de 2010, amb motiu de la celebració de la Taula de seguiment de l'economia balear, quan va proclamar que el camp de golf de Son Bosc no podia parar-se ni suspendre's, ja que el Govern ja ha pres les mesures que s'havien de prendre".

6) El projecte per a la construcció d'un camp de golf en la finca de Son Bosc (terme municipal de Muro, Mallorca) va ser iniciat al setembre de l'any 1998, quan es va redactar l'avaluació d'impacte ambiental, i va ser informat favorablement per la Comissió Balear de Medi ambient (CBMA, pertanyent a l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears) el 15 d'abril de 1999.

7) El 22 de desembre de 2006, la Comissió Insular d'Ordenació del Territori, Urbanisme i Patrimoni Històric de Mallorca va acordar la declaració d'interès general de les obres i instal·lacions del camp de golf.

8) L'Ajuntament de Muro va concedir en data 10 de gener de 2008 el permís d'instal·lació, i el 13 de març de 2008 es va atorgar la llicència d'edificació i ús del sòl.

9) Com a resulta de l'exposició de motius de la Llei 9/2010, les obres es van iniciar el 22 de febrer de 2010. El 26 de febrer de 2010 el Consell de Govern va decidir l'inici del procediment d'elaboració del PORN.

10) Tres dies després de l'entrada en vigor de la Llei 9/2010, el 9 d'agost de 2010 es van programar dues visites d'inspecció a la zona, a les 17:30 h i 19:30 h, respectivament, en què es constatà en les actes esteses a aquest efecte que, a l'àrea central de Son Bosc, dins dels límits de la nova delimitació de la ZEPA inclosa en l'acord d'inici de la seva ampliació, de data 9 de juliol de 2010, es retiraven enderros i altres materials mitjançant una retroexcavadora, s'eliminava vegetació arbustiva i herbàcia, i es feien moviments de terra i amuntegaments.

11) Prèvia emissió del corresponent informe tècnic, el director general de Biodiversitat va acordar el 10 d'agost de 2010 l'inici de l'expedient sancionador EN-069/10, per la presumpta comissió d'una infracció greu o molt greu prevista en la Llei 5/2005, de 26 de maig, per a la conservació dels espais de rellevància ambiental (LECO). Va ordenar que es paratitzessin les obres, els treballs i les activitats que es duïen a terme a Son Bosc, a fi d'evitar la continuació dels danys al medi ambient, amb el precintament de la zona afectada. Davant l'absència de compliment d'aquestes mesures, el 15 de setembre de 2010 es va requerir l'auxili de la Guàrdia Civil.

12) El 10 de setembre de 2010, la mercantil "Golf Platja de Muro, SA" va presentar un recurs d'alçada contra l'adopció de les mesures cautelars en l'acord d'incoació de l'expedient sancionador, i després de la confecció d'un informe jurídic-proposta, va ser desestimat en la Resolució adoptada pel conseller de Medi Ambient i Mobilitat el 23 de desembre de 2010.

13) Al novembre de 2010, tres mesos abans de l'aprovació definitiva de l'ampliació de la ZEPA pel Consell de Govern en data 25 de febrer de 2011, la Missió d'Assessorament Ramsar (MAR) núm. 68 va formular una sèrie de recomanacions sobre la preservació de s'Albufera de Mallorca com a aiguamoll d'importància internacional, resumides en les següents conclusions:

i) La MAR ha constatat, tant sobre el terreny com mitjançant la informació documental consultada, que la zona de Son Bosc és part integral de l'ecosistema 4 de s'Albufera de Mallorca, ja que les seves característiques ecològiques, i

especialment les hidrològiques, són una continuació de les de la mateixa s'Albufera (de fet, la zona va estar inclosa dins dels límits del Parc Natural durant un breu període de temps en 2003-2004);

ii) Aplicant el principi de precaució, àmpliament acceptat i posat en pràctica des de 1992 per la comunitat internacional, i fent balanç entre els possibles beneficis socioeconòmics del projecte d'una banda, i els seus possibles impactes sobre la hidrologia, ecologia i biodiversitat del lloc Ramsar s'Albufera de Mallorca d'una altra, tant durant la seva execució com en el llarg termini, la MAR va arribar a la conclusió que el projecte de construcció d'un camp de golf, o qualsevol altre projecte alternatiu que impliqui un canvi tan substancial de l'ús de la terra de la zona de Son Bosc, haurien de ser desestimats definitivament;

iii) S'hauria d'avançar en la cerca de solucions i consensos que facin possible que la zona de Son Bosc passada a formar part novament del Parc Natural s'Albufera de Mallorca i s'integri també en el lloc Ramsar perquè, consegüentment, aquesta zona sigui gestionada com a part integral de l'espai natural protegit mitjançant l'aplicació de la normativa autonòmica, estatal, europea i internacional que sigui aplicable;

iv) Malgrat les transformacions i impactes soferts per la zona de Son Bosc des de fa molt temps, i més encara en data recent, s'hi conserven les funcions i els valors ecològics essencials, que són certament recuperables si s'apliquen les tècniques de restauració ecològica disponibles més modernes, segons es presenten, entre altres instruments tècnics, en els principis i lineaments per a la restauració d'aiguamolls (2002) de la Convenció de Ramsar;

v) Per tant, s'hauria de procedir al disseny i execució immediata d'un projecte específic de restauració ecològica de la zona de Son Bosc, projecte que hauria de considerar tant els impactes de les obres que ja s'han dut a terme per a la construcció del camp de golf (obres que al moment de la MAR estaven paralitzades per l'administració), com els efectes d'altres transformacions sofertes amb anterioritat per l'espai en qüestió;

vi) S'hauria d'entaular un diàleg amb els diferents grups amb interessos en el desenvolupament socioeconòmic de la zona (promotors del projecte de camp de golf, autoritats municipals, grups hotelers, etc.) amb l'objectiu de dissenyar i engegar un procés multisectorial mitjançant el qual es puguin identificar i portar a la pràctica alternatives realistes i efectives a les aspiracions de tipus socioeconòmic que van donar lloc a la concepció i promoció del projecte de camp

de golf a Son Bosc, partint del principi clau de tot sistema democràtic que l'interès comú ha de prevaler per sobre dels interessos particulars.

Aquest procés hauria d'incloure tècniques de mediació i resolució de conflictes aplicades pel personal idoni i d'absoluta neutralitat per intentar rebaixar, en la mesura que sigui possible, l'alt grau de confrontació social i política que ha generat el projecte de camp de golf de Son Bosc, la tramitació del qual ha passat per innumbrables vaivens de tota mena des del seu inici el 1998.

14) Formulada la denúncia penal, el Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Inca va incoar les diligències prèvies núm. 1051/2011. Segons l'existència d'aquest procés penal, mitjançant la Resolució de 13 de juny de 2011 es va acordar la suspensió de la tramitació de l'expedient sancionador fins que es dictés la corresponent resolució judicial, que fou notificada el 22 de juny de 2011. El termini per dictar la resolució expressa i notificar-se és d'un any des de la data d'inici, d'acord amb l'article 23 del Decret 14/1994, de 10 de febrer.

15) Les diligències prèvies núm. 1015/2011, tramitades pel Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Inca van ser sobresegudes provisionalment per la Interlocutòria dictada el 17 d'abril de 2015.

A la vista del relat fàctic, tornem als fets concrets que afecten la resolució impugnada. No hi ha cap dubte que la resolució dictada pel director general de Biodiversitat el 10 d'agost de 2010 va acordar l'inici de l'expedient sancionador núm. EN-069/10, i va adoptar —en prevenció— una sèrie de mesures cautelars, consistents en la paralització de les obres dutes a terme en terrenys inclosos en la proposta d'ampliació de la ZEPA de s'Albufera (procediment iniciat el 9 de juliol de 2010) i també el precintament de la zona, a fi d'evitar que es continuessin produint danys al medi ambient, sense que per a l'adequació jurídica d'aquesta decisió preventiva es requereixi en aquest moment la constatació provada de la comissió d'una infracció administrativa, sinó només la sospita de la seva existència, indici de conducta infractora sobre el qual descansa la motivació de l'inici de l'expedient sancionador, relegant la necessària acreditació de la seva efectiva perpetració a la resolució que posi fi al procediment.

L'adopció de les mesures provisionals o "cautelars" en el si dels procediments administratius, en general, i en els sancionadors en particular, regulades en els articles 72 i 136 LPAC, té com a fi preservar l'eficàcia de la resolució que pogués dictar-se en el moment oportú, però sense que s'exigeixi per ser acordades que concorrin tots els

elements que permetin a l'Administració emetre una decisió definitiva, ja que aquesta exigència eliminaria la raó de ser i la virtualitat pràctica d'aquestes mesures.

Per això, la sentència desestima aquest motiu d'impugnació, com ho fa amb el motiu de manca de competència. La resolució afirma sobre aquest concret extrem:

El director general de Biodiversitat té competència per iniciar procediment sancionador pel que fa a “planificació, conservació i gestió d'espais naturals protegits”, d'acord amb l'article 2.4 b) del Decret 11/2007, d'11 de juliol, del president de les Illes Balears, pel qual s'estableixen les competències i l'estructura orgànica bàsica de les *conselleries* de la CAIB: “b) Direcció General de Biodiversitat: biodiversitat i ordenació dels recursos naturals en relació amb les competències de la Direcció General; planificació, conservació i gestió dels espais naturals protegits a l'empara de la legislació ambiental; ecosistemes terrestres i marins en els termes previstos en la legislació vigent; paisatge, cartografia; espècies protegides; recursos forestals; planificació i gestió forestal i de muntanyes; prevenció i extinció d'incendis forestals; caça; execució de plans i acords nacionals i internacionals relatius a les competències de la Direcció General”.

És evident que amb les mesures preventives de paralització dels treballs i el precintament de la zona acordades pel director general de Biodiversitat en l'acord d'incoació d'un expedient sancionador, es pretenia precisament evitar la degradació del parc natural i ZEPA adjacent, s'Albufera de Mallorca, tal com apareix justificat en l'acte administratiu, per la qual cosa la resolució administrativa impugnada no apareix viciada d'incompetència, conforme amb l'article 127.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (“L'exercici de la potestat sancionadora correspon als òrgans administratius que la tinguin expressament atribuïda, per disposició de rang legal o reglamentari”), article 2.4 b) del Decret 11/2007, i el que preveuen els articles 46 i 47 de la LECO.

En un sentit idèntic el Tribunal afirma que:

Quant a la inaplicabilitat d'un conjunt de normes i decisions administratives, que denuncia l'arbitrarietat de la decisió administrativa, resulta que les mesures cautelars intenten salvaguardar l'entorn de Son Bosc, s'Albufera, la qual és un parc natural i ZEPA, i també els mateixos terrenys on s'ha projectat el camp de golf davant la imminent inclusió a l'espai natural protegit esmentat. I són aplicables el Decret 4/1988, de 28 de setembre, de declaració del Parc Natural de s'Albufera de Mallorca; el Decret 19/1999, de 12 de març pel qual s'aprova el Pla d'Ús i Gestió (PRUG) del Parc Natural de s'Albufera de Mallorca; el Decret 28/2006, de 24 de

març, pel qual es declaren les zones d'especial protecció de les aus (ZEPA) en l'àmbit de Balears; la Directiva 92/43/CEE, del Consell, de 21 de maig de 1992, relativa a la conservació dels hàbitats naturals i de la fauna i flora silvestres, i la Resolució del conseller de Medi Ambient de 3 d'agost de 2009, d'aprovació del Pla de Conservació d'*orchis palustris* a Mallorca, principalment quan aquesta resolució s'esmenta en la mateixa Llei 9/2010 com a justificació de l'adequació ambiental de la instal·lació esportiva.

L'esment a un reglament anul·lat amb posterioritat (en el Decret 52/2003, pel qual es va incloure Son Bosc al Parc Natural de s'Albufera) i a una directiva derogada després, però que no afecta les qüestions controvertides relatives a les mesures a adoptar i espècies protegides (Directiva 79/409/CEE del Consell, de 2 d'abril de 1979, relativa a la conservació de les aus silvestres, ha estat derogada, amb efectes des del 15 de febrer de 2010, per l'article 18 de la Directiva 2009/147/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 30 de novembre), és un mer error material que no afecta la legalitat de les mesures provisionals, ni molt menys apunta a una actuació arbitrària.

Cal arribar a la mateixa conclusió per l'omissió de l'esment que en el BOIB extraordinari núm. 78, de 4 de juny de 2008, es va publicar l'acord adoptat pel Consell de Govern el 30 de maig de 2008, mitjançant el qual es van crear noves zones d'especial protecció per a les aus (ZEPA), i es va ampliar la superfície d'algunes de les existents a les illes de Mallorca i de Menorca, i es va crear quatre noves ZEPA.

I, finalment, l'Acord del Consell de Govern de 9 de juliol de 2010, sobre l'ampliació de la zona d'especial protecció de s'Albufera de Mallorca (ES0000038) no ha estat expressament derogat, per la qual cosa concerneix a la finca registral núm. 16.091 del terme municipal de Muro, per l'apartat primer de la disposició derogatòria de la Llei 9/2010, de 27 de juliol, sinó que va ser l'Acord de 26 de febrer de 2010, referent a l'inici d'elaboració del PORN.

La demanda s'ha de desestimar quant a aquests extrems.

Naturalment, l'adopció de les mesures provisionals impugnades aquí se circumscriu a les que s'han regulat en el si de les regles dels procediments sancionadors, ja transcrites en els fonaments anteriors, responent a la finalitat de tutela d'un espai protegit per diverses fonts normatives de caràcter internacional, comunitari, estatal i autonòmic, com es tracta de s'Albufera de Mallorca.

La sentència desestima íntegrament el recurs i confirma l'acte administratiu impugnat perquè és conforme a dret.

3. Sobre el tancament d'accessos amb servitud de pas pública per accés al mar, per motius ambientals: la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (número 514/2015), de 15 de setembre de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100508, núm. procediment PO 122/2013)

El tercer cas que plantegem té un rerefons paradoxal: d'una banda es pondera el dret de pas per una finca privada en un camí d'ús immemorial que, a més, serveix d'accés al mar en compliment de la legislació de costes. Aquest dret de pas es va aconseguir en els tribunals després de llargs i nombrosos plets.

Tanmateix, la propietat de la finca aconseguix que es limiti o es tanqui el dret de pas adduint motius ambientals. La ponderació d'ambdós conflictes és complexa i la sentència arriba a unes conclusions que no comparteixen algunes administracions i col·lectius de diversa índole.

El cas és exposat partint del fet que la mercantil Menani, SA és propietària de les finques conegudes en conjunt com Ternelles, totes inscrites en el Registre de la Propietat de Pollença. Tots els camins que la creuen són propietat privada i així ho ha declarat la Jurisdicció Civil en la Sentència ferma de 20 d'octubre de 2011 del Jutjat de Primera Instància núm. 2 d'Inca en interlocutòries de Judici Ordinari 282/2010, confirmada per la Sentència núm. 47/2013, de 4 de febrer de l'Audiència Provincial Secció Quarta, i la Sentència del TS de la Sala Primera núm. 98/2015, dictada en recurs de cassació 914/2013 que va desestimar la cassació interposada contra la Sentència de l'Audiència Provincial.

Tanmateix, reconegut el domini privat, i pel que fa a la servitud de pas per a accés al mar pel camí de Ternelles, la Sentència ferma del Jutjat de Primera Instància núm. 2 d'Inca declara:

I es desestima l'acció negatòria de servitud exercitada per la part demandant, per la qual cosa no escau declarar la inexistència de servitud de pas a favor de l'Ajuntament de Pollença.

Al seu torn, la Sentència del TS 98/2015, de 27 de febrer, de la Sala Primera dictada en cassació diu:

2.- Les sentències d'instància han estimat l'acció declarativa de domini amb la declaració explícita en la resolució, "que per les esmentades finques no discorre cap camí que no sigui propietat de la part demandant i que en l'interior d'aquestes finques no hi ha cap camí de domini públic". Aquesta primera acció de la demanda ha estat estimada i ha estat consentida per l'Ajuntament demandat i no ha arribat a cassació. Així, s'ha consolidat el dret de propietat de MENANI, SA sense cap camí aliè que en travessi el predi.

Una altra cosa és l'acció negatòria de servitud. Aquesta acció ha estat rebutjada per les sentències d'instància; no es pot obviar que no ha estat exercitada per la part demandada l'acció confessòria de servitud, per la qual cosa només es pot entrar en cassació sobre la negació o no d'una servitud, sense pronunciar-se expressament sobre la seva existència.

La Sentència de primera instància, del Jutjat núm. 2 d'Inca, de 20 octubre 2011, adverteix que l'Ajuntament de Pollença, com a part demandada, manté que la finca Ternelles està gravada per la servitud legal d'accés públic al mar que imposa la vigent Llei de costes.

És interessant recordar el text de l'article 550 del Codi civil:

"Tot allò concernent a les servituds establertes per a utilitat pública o comunal s'ha de regir per les lleis i reglaments especials que les determinen, i, en el seu defecte, per les disposicions del present títol."

I, així mateix, la Sentència de 15 desembre 1993 d'aquesta Sala, expressa, amb referència a aquest article:

"Els drets reals de servitud no s'esgoten en els que preveu el Codi civil i així el seu article 550 ho dona a entendre, i se n'accentua el caràcter de norma de remissió, quant a les servituds establertes per a utilitat pública o comunal, les que es regeixen per les lleis i reglaments especials i, en el seu defecte, és a dir, en tot cas, per la normativa civil de les servituds legals."

La sentència invocada repassa una sèrie de jurisprudència aplicable al cas i reflexiona el següent:

Això suposa que les previsions que l'esmentat precepte preveu tenen naturalesa imperativa, però entenem que l'excepció que el precepte conté respecte als espais qualificats d'especial protecció no significa que no hi sigui aplicable el precepte esmentat, sinó que les previsions descrites podran ser objecte de regulació i limitació, i fins i tot eliminades completament o en part.

Entenem que el principi general s'estableix en l'apartat primer del precepte. S'hi ordena la constitució de la servitud d'accés públic i gratuït al mar. És la natura dels terrenys sobre els quals hagi de discórrer la servitud la que haurà de donar lloc a l'establiment de les seves característiques. En terrenys d'especial protecció, i quan així ho exigeixin les seves peculiaritats que han de resultar de l'expedient, es pot acordar part de l'exclusió total de l'ús públic. Però mentre no consti a l'expedient, sinó al contrari, la necessitat d'aquesta exclusió el principi ha de ser el de l'ús públic, encara que amb les limitacions que escaiguin.

Finalment, i només des d'un punt de vista dialèctic, encara que la qüestió té una evident repercussió en l'àmbit d'autonomia local, no pot acceptar-se l'argumentació que conté la sentència sobre "la falta de motivació legal de la proposta". Contràriament, i pel que es raona, la "proposta" tenia al seu favor els principis legals aplicables. És la resolució recorreguda qui invoca uns interessos ambientals que no resulten de l'expedient, en defensa d'unes competències que tampoc no s'acrediten i amb el suport d'uns preceptes legals que no presten prou cobertura a les prescripcions actuades.

El debat del plet es fonamenta a examinar si sobre la base del PORN de la serra de Tramuntana aprovat pel Decret 19/2007 de 16 de març, a la qual el PGOU encara no s'ha adaptat, pla d'ordenació que preveu una protecció mediambiental severa a tota la serra de Tramuntana on s'ubica aquest sòl concret, la servitud de pas per a accés al mar que preveu el PGOU basant-se en el que estableix l'article 28-2 de la Llei de costes, imposada per l'Acord del Consell Insular de Mallorca de 26 de juliol de 2006 i, per tant, anterior a l'entrada en vigor del PORN, resulta conforme a dret. O si al contrari resulta una contradicció flagrant entre ambdues regulacions de manera que o bé es faci impossible i inviable l'accés general públic a través d'aquest sòl o d'una part, precisament pel seu alt valor mediambiental, a l'efecte del qual sol·licita l'exclusió de la servitud de pas sobre l'esmentada finca, pretensió principal del petitum de la demanda, o bé, si caldria adaptar i harmonitzar l'esmentat accés públic amb les condicions necessàries que n'assegurin l'alt valor ecològic i mediambiental, fet que comportaria l'adaptació del PGOU al PORN, pretensió coincident amb la subsidiària del petitum de la demanda que comentem.

Un cop examinada la normativa que constitueix la regulació aplicable, aviat es comprèn que el debat ha d'analitzar-se des de la perspectiva, no tant de si el camí passa per la zona d'exclusió o no, que en més o menys longitud ja hem dit que sí que la travessen,

sinó si és possible o no que el públic en general pugui accedir com a ús recreatiu i de lleure als enclavaments de la platja des Castell i al Castell des Rei, perquè aquests paratges concrets es troben en zona d'exclusió.

Que el camí travessi o no el paratge de la zona d'exclusió, com efectivament s'ha provat en les interlocutòries que sí que passa, tant per al tram que accedeix a la fortalesa, com els últims 65 metres d'accés a la platja des Castell, a la fi resulta intranscendent, per tal com el PORN produeix efectes des de la seva publicació en endavant, de manera que segons l'article 96 -2 d'aquest instrument, "no poden obrir-se nous camins" en l'àmbit territorial d'aquest planejament, fet que no equival a considerar que els que ja estan oberts hagin esdevingut inoperants, sobretot quan el mateix PORN estableix a l'article 1-2: "L'àmbit territorial del present Pla és el que es defineix gràficament en el pla que constitueix l'annex cartogràfic II.1 d'aquest document i comprèn totalment o parcialment els termes municipals d'Alaró, Andratx, Banyalbufar, Bunyola, Calvià, Campanet, Deià, Escorca, Esporles, Estellencs, Fornalutx, Lloseta, Mancor de la Vall, Palma, Pollença, Puigpunyent, Santa Maria, Selva, Sóller i Valldemossa i exclou els sistemes d'infraestructures, equipaments i les APT de carreteres dibuixades i previstos en el PTI de Mallorca aprovat pel Ple del Consell Insular de 3 de desembre de 2004." Vegeu que en la cartografia del PTI de Mallorca el camí que accedeix fins al Castell del Rei ja està previst en el Pla de Rutes d'Interès Cultural i Naturalístic, i en concret en la ruta de castells.

Per tant, el debat ha de reconduir-se a l'anàlisi de l'accés del públic a aquests dos paratges concrets en el legítim dret a divertir-se com a ús recreatiu i de lleure de l'entorn natural en el qual es troben.

En aquest sentit la sentència avança en l'examen del cas i planteja això:

Ja hem vist que l'article 62 del PORN preveu com a ús prohibit l'ús recreatiu i esportiu a la zona d'exclusió, i encara que l'article 61-3 permet que el Pla Rector d'Ús i Gestió pugui establir excepcions a la regla general, això ha d'entendre's que aquesta possibilitat no arriba a establir excepcions a la prohibició que conté l'apartat 2n de l'article 61 del PORN, sinó únicament excepcions al règim general que estableix l'article 61-1 que són els usos autoritzats com a regla general. Gaudir del mar per banyar-se en les seves aigües és un ús recreatiu i de lleure de les persones que tenen ple dret a gaudir del medi ambient i de la naturalesa. Però

aquest ús és un ús autoritzable a la zona d'ús limitat, i ús permès en el la zona d'ús compatible i d'ús general, però un ús prohibit en zona d'exclusió.

De la cartografia aportada a les interlocutòries s'observa que tota la zona ribereña amb el mar en aquest enclavament concret és zona d'exclusió, per la qual cosa el gaudi del bany en aquestes aigües concretes és un ús prohibit. En conseqüència, en la mesura que el camí que constitueix la servitud de pas per a accés al mar, trobant-se la ribera marítima en zona d'exclusió, la possibilitat que el públic en general pugui accedir a aquesta concreta zona i en particular a la platja des Castell per a les activitats pròpies en aquest àmbit, activitats que tenen naturalesa lúdica i d'esbarjo, al final esdevé un ús prohibit. I això perquè així ho estableix expressament el PORN en qualificar tota aquesta zona territorial com a zona d'exclusió, la qual cosa equival a un entorn d'alt valor ambiental i digne de protegir-se, i es poden dur a terme en aquest espai únicament els usos que preveu l'instrument esmentat per a aquesta zona. Així doncs, el PORN ha comportat la contradicció entre aquest planejament i la servitud d'accés al mar prevista en el PGOU, en el que afecti tot l'espai que discorre per zona d'exclusió, ja que no és possible que el públic en general accedeixi a l'àmbit espacial de la zona d'exclusió, i tant la platja des Castell com la fortalesa se situen clarament en l'esmentada zona. I que el PRUG pugui establir excepcions a la regla general d'acord amb l'article 61-3 del PORN no significa que pugui preveure excepcions a la prohibició que estableix l'apartat 2n de l'article esmentat, sinó únicament excepcions a la regla general que estableix l'article 61-1 d'aquest planejament.

La impossibilitat que el públic pugui accedir al mar i a la seva ribera és una realitat que preveu l'article 2 b) de la Llei 22/1988 de costes quan estableix que "L'actuació administrativa sobre el domini públic marítim terrestre perseguirà [...] garantir l'ús públic del mar, de la seva ribera i de la resta del domini públic marítim terrestre, sense més excepcions que les que es deriven de l'interès públic degudament justificades". L'àmbit territorial del PORN inclou a la zona d'exclusió d'aquest concret paratge la zona de domini 11 públic marítim terrestre. Doncs bé, si bé la Llei de costes estableix la garantia de l'ús públic del mar i de la seva ribera, també ho és que la mateixa Llei de costes permet determinades excepcions degudament justificades. I el PORN ha previst aquesta excepció al gaudi recreatiu del mar en aquesta zona concreta i les seves aigües, i això perquè es troba en un paratge d'alt valor ecològic i ambiental, motiu pel qual s'ha qualificat de zona d'exclusió.

Igualment, en el fonament setè, la sentència planteja:

I el mateix ocorre en relació amb la fortalesa del Castell des Rei que es troba en zona d'exclusió. Si bé el Pla Territorial de Mallorca preveu el camí d'accés del Castell en la cartografia de rutes culturals i en concret en la ruta de castells, en el PORN aquesta fortalesa queda inclosa totalment en zona d'exclusió, extrem que és acceptat per totes les parts en el debat. Doncs bé, l'ús recreatiu i cultural que suposa la visita a les restes d'aquest castell és un ús prohibit per a aquesta zona, atès el seu valor ecològic i ambiental, ja que només estan permesos en zona d'exclusió els usos científics i els de conservació d'acord amb l'article 10 del PORN, article inclusivament més restrictiu que l'article 22 a) de la Llei autonòmica 5/2005 que permet en zones d'exclusió usos de caràcter educatiu a més dels usos científics i de conservació. Per això, com que el PORN és més restrictiu, ha de prevaler sobre el que preveu la Llei.

Per tot això, la sentència s'encamina a la resolució de la manera següent:

VUITÈ: El petitum de la demanda sol·licita en la seva pretensió principal que "s'exclouï de les previsions del PGOU de Pollença la servitud d'accés al mar" sense distingir entre el pas que accedeix a la fortalesa i el pas que accedeix al mar, cosa que equival a considerar que el tancament del camí de Ternelles és total i des del principi de camí. Doncs bé, atenint-nos que aquest camí és un camí privat i que la servitud troba el seu *ratio essendi* per a l'accés al mar com estableix i preveu l'article 28 de la Llei de costes, la Sala ha d'estimar el recurs contenciós i aquesta pretensió en existir contradicció entre el que estableix el PORN i l'ús recreatiu que suposa l'accés del públic a la platja mitjançant aquesta servitud de pas que el PGOU preveu. I ha de prevaler el que estableix el PORN perquè és un instrument de més rang i d'aplicació directa. En definitiva ha esdevingut inviable la servitud legal d'accés al mar previst en el planejament municipal, que té el fonament en l'article 28 de la Llei de costes, perquè en l'esmentada zona es prohibeix l'ús recreatiu i turístic. I mantenir aquesta servitud fins al límit de la zona transitable no pot acceptar-se perquè el fonament d'aquesta limitació de propietat resideix en el dret del públic en general a accedir al mar conforme a l'esmentat article 28 de la Llei de costes, per la qual cosa no ha de mantenir-se aquesta càrrega o gravamen en la part que actualment no queda afectada per la prohibició d'accés al públic, ja que la finalitat d'aquest gravamen de la propietat, que no és altre que assegurar l'accés al mar, precisament queda impossibilitat segons el PORN perquè banyar-se a la platja des Castell és un ús prohibit, ja que es troba en zona d'exclusió.

I quant al camí que accedeix a la fortalesa, que en la part final també se situa a l'esmentada zona d'exclusió, a la fi la servitud de pas ho era per a accés al mar i a

la platja des Castell, hem de recordar ara que la jurisdicció civil ha resolt que “per les esmentades finques no discorre cap camí que no sigui propietat de la part demandant i que en l’interior d’aquestes finques no hi ha cap camí de domini públic”. Per tant, si desapareix la causa que justifica el reconeixement de la servitud de pas per accedir al mar no hi ha cap raó per mantenir el dret de pas al públic pel camí que condueix a la fortalesa fins al límit de la zona d’exclusió, perquè aquest camí és un camí privat, i la causa i raó de ser de la servitud que preveu el PGOU ho és per a accés al mar, que ja hem dit que en zona d’exclusió és un ús prohibit actualment.

Estimant-ne la petició principal ja no escau analitzar la pretensió subsidiària.

NOVÈ: Pel que fa a costes, de conformitat amb l’article 139 de la Llei 29/98 de 13 de juliol, la Sala considera que hi ha motius per no fer imposició de costes. En efecte, la inadmissibilitat al·legada per l’Administració que en la sentència es resol desestimàtoriament partint que la servitud i la seva utilització diària és un acte d’aplicació del planejament mateix, ha d’harmonitzar-se també amb el fet que la part ha deixat transcórrer molt temps des de l’aprovació del PORN aprovat pel Decret 19/2007 i la petició expressa a l’Ajuntament d’exclusió d’aquesta servitud de pas d’accés al mar, que ho va ser el 25 de novembre de 2011, és a dir, transcorreguts cinc anys des de la regulació que preveu l’instrument de planejament.

Per tot això, s’estima el recurs contenciós administratiu i s’exclou de les previsions del PGOU del municipi de Pollença la servitud d’accés al mar pel camí de Ternelles pels motius que hem argumentat de caràcter ambiental.

4. Sobre les construccions d’infraestructures d’interès general davant l’existència o manca de figures d’ordenació i de protecció: la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (número 491/2015), de 14 de juliol de 2015 (Id. Cendoj: 07040330012015100487, núm. procediment 853/2009)

L’últim cas planteja una problemàtica processal complexa que no interessa tractar aquí en excés. Igualment, com a conseqüència dels elements creuats que conformen l’objecte del plet, la decisió és complexa i el pronunciament final no està exempt de dificultats interpretatives.

Vegem com exposa el Tribunal l’objecte dels recursos:

L'objecte dels presents recursos contenciosos administratius acumulats està constituït per les següents resolucions administratives expresses o presumptes:

1.- La Resolució del president de l'Autoritat Portuària de Balears, de 29 d'octubre de 2009, per la qual s'inadmetia el recurs d'alçada presentat per GOB-GEN-EIVISSA el 16 d'octubre de 2009 contra la Resolució del director de l'Autoritat Portuària de les Balears de 26 de febrer de 2009 d'aprovació tècnica del projecte d'esplanada i molls comercials a l'abric del dic de Botafoch al port d'Eivissa. Aquesta inadmissió s'ha basat en la consideració que l'aprovació tècnica d'aquest projecte constitueix un acte de tràmit no qualificat i, per tant, no susceptible d'impugnació separada, i s'entén com a acte definitiu l'ordre de contractació, impugnable mitjançant el recurs especial previst en l'article 37.2 de la Llei 30/2007 (recurs núm. 853/2009).

2.- La Resolució de l'Autoritat Portuària de les Balears de 26 de febrer de 2009 ja recollida en l'apartat anterior (recurs núm. 763/2010).

3.- La Resolució de l'Autoritat Portuària de les Balears, de 20 d'abril de 2010, sobre l'aprovació tècnica del Projecte constructiu de la variant adjudicada d'esplanada i molls comercials a l'abric del dic de Botafoch al port d'Eivissa (recurs núm. 763/2010)

4.- L'acord del Consell d'Administració de l'Autoritat Portuària de Balears, adoptat en sessió celebrada el 17 de juliol de 2006, relatiu als apartats següents:

A).- Ratificar el Pla Director d'Infraestructures del Port d'Eivissa de març de 2004 consensuat amb Ports de l'Estat.

B).- Facultar el president per acceptar la introducció, en el seu cas, de les correccions que pogués acordar el Consell Rector de Ports de l'Estat en la preceptiva ratificació (recurs núm. 853/2009).

5.- L'acord del Consell Rector, adoptat en sessió celebrada el 18 de juliol de 2006, pel qual es ratificava, de conformitat amb el previst a l'article 36.3 de la Llei 48/2003, el Pla Director d'Infraestructures del Port d'Eivissa (recurs núm. 853/2009).

6.- La desestimació presumpta, amb la ficció legal del silenci administratiu, de la sol·licitud formulada el 12 de juliol de 2010 per la Comunitat de Titulars del Port Esportiu d'Hivernada Marina de Botafoch al president de l'Autoritat Portuària de les Balears, referent al fet que se li permetés la consulta i l'obtenció de còpies dels documents i expedients relacionats amb el projecte d'esplanada i molls comercials a l'abric del dic de Botafoch al port d'Eivissa (recurs núm. 763/2010).

Els recursos descrits van ser interposats per diferents actors, la qual cosa, al seu torn, comporta la concurrència de peticions contraposades i no sempre conciliables. Així, aquests recursos contenciosos administratius acumulats tracten sobre una determinada obra de remodelació —les esplanades amb els seus molls— a dins del Port d'Eivissa, la Zona de Serveis del qual va ser aprovada, amb la conformitat municipal i de l'autoritat urbanística supramunicipal, per l'Ordre ministerial de 7 de maig de 1969, publicada al *Butlletí Oficial de la Província* de 30 d'agost de 1969.

Aquesta Zona de Servei del Port d'Eivissa continua vigent d'acord amb el que estableix la disposició addicional primera de la Llei 27/1992, ara disposició addicional primera del Text refós de la Llei de ports de l'estat i de la marina mercant, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2011, de 5 de setembre, d'ara endavant TRLPEDM. La Zona de Servei es funda en l'ús portuari que, d'acord amb el que estableix l'article 72 del TRLPEDM, comprèn: 1. - Usos comercials, entre els quals figuren els relacionats amb l'intercanvi entre modes de transport, els relatius al desenvolupament de serveis portuaris i altres activitats portuàries comercials; 2. - Usos pesquers; 3. - Usos nauticoesportius; i 4. - Usos complementaris o auxiliars dels anteriors.

D'altra banda, cal recordar que la delimitació de la zona de servei correspon a l'Administració de l'Estat, i en concret, al Ministeri de Foment, en aquests moments per mitjà de l'anomenada "Delimitació dels Espais i Usos Portuaris", que mitjançant la modificació operada per la Llei 33/2010, va substituir l'instrument previst anteriorment per la LPEM, que era el Pla d'Utilització dels Espais Portuaris. També podem recordar que l'espai d'aigua inclòs a la Zona de Servei, d'acord amb l'article 69.2 TRLPEDM, comprèn igualment els espais de reserva necessaris per a l'ampliació del Port.

Doncs bé, amb aquest punt de partida ja podem assenyalar que l'obra del cas, és a dir, l'esplanada i molls comercials a l'abric del dic de Botafoch, que no depassava el límit de la Zona de Servei del Port d'Eivissa, no estava, per tant, supeditada que es comptés respecte d'això amb un Pla d'Utilització dels Espais Portuaris sinó que depenia del resultat que donés el procediment d'avaluació d'impacte ambiental, això és, depenia així la Declaració d'Impacte Ambiental que procedís després de l'estudi corresponent.

Independentment del que ja resultava de la Zona de Serveis vigent, cal tenir en compte igualment que també es comptava amb el Pla Especial del Port d'Eivissa, que va ser aprovat definitivament, bé que amb prescripcions, per la Comissió Insular d'Urbanisme

d'Eivissa-Formentera en sessió celebrada el 2 de desembre de 1993. Aquest Pla Especial preveia, en el que aquí pot importar, el nou dic d'abric de Botafoch, esplanades i molls en aquesta nova zona abrigada i el nou accés litoral per la ribera del Port. Les prescripcions que afectaven aquestes obres suposaven, entre d'altres, la supressió de determinada terminal, havent-se executat d'aquesta manera. La Direcció General de Política Ambiental del Ministeri d'Obres Públiques, Transports i Medi Ambient va aprovar la declaració d'impacte ambiental el 26 de juny de 1994, i es va publicar al *Butlletí Oficial de l'Estat* el 29 de setembre de 1994. Al març de 2004, havent-se fet necessari per llei, en concret pel que disposa l'article 38 de la Llei 48/2003, l'elaboració d'un Pla Director com a condició per a la realització de noves obres d'infraestructura que, com les del cas, alteressin de forma significativa la configuració del port, en definitiva, d'acord amb el que disposa aquest article 38 de la Llei 48/2003, va ser aprovat el Pla Director d'Infraestructures del Port d'Eivissa.

El projecte general anomenat "Instal·lacions Portuàries amb nou abric al Port d'Eivissa" incloïa tres actuacions: la primera el dic d'abric; la segona el nou accés, i la tercera les esplanades amb els molls, que amplien la superfície terrestre mitjançant terrenys guanyats al mar i que és l'actuació que es qüestiona ara. Doncs bé, aquest Projecte General tenia la declaració d'impacte ambiental ja esmentada positiva de 26 de juny de 1994. De tota manera, el 2008 es va aprovar també una declaració d'impacte ambiental favorable.

Pel que fa als aspectes que cal comentar, d'una banda la sentència repassa els requisits de la condició d'interessat des del punt de vista ambiental, i en el fonament segon afirma:

SEGON.- La defensa del dret de participació, tal com estableixen els articles 31 i 34 de la Llei 30/92, no únicament assoleix la intervenció en el procediment administratiu dels directament afectats pel mateix dret sinó que s'estén també a les parts els interessos de les quals puguin resultar d'alguna manera afectats, amb la qual cosa, directament, es garanteix que l'actuació administrativa satisfaci la finalitat constitucional de defensa objectiva dels interessos generals, això és, l'adequació a la norma de la decisió administrativa, i a més, indirectament, es contribueix així a assegurar l'eficàcia de la decisió que s'adopti.

Aquest ampli reconeixement de la legitimació s'encamina a permetre igualment el control judicial més extens de les actuacions de les administracions públiques.

En conseqüència, la condició d'interessat no se cenyeix als que inicien el procediment i a les parts davant les quals es dirigeix el procediment sinó que comprèn també altres els drets dels quals poguessin veure's afectats per la decisió que s'adopti, de manera que si aquesta decisió és susceptible de produir efectes en tercers, aquests tenen la condició d'interessats, es personin o no, amb el que l'Administració està obligada, abans que res, a comunicar-los la tramitació del procediment i, sens dubte, també a notificar-los la decisió adoptada quan així ho sol·licitin i fins i tot no haguessin estat convocats.

La Sentència del Tribunal Constitucional número 55/86, com després entre moltes d'altres les sentències número 90/91 i 32/92, ha assenyalat això: "El contingut normal d'aquest dret (el de tutela) consisteix en l'assoliment d'una resolució sobre el fons de les pretensions formulades a l'òrgan jurisdiccional, contingut que només cedeix quan es presenti alguna causa legal d'inadmissió que sigui aplicada raonadament per aquell i a condició també que el raonament s'ajusti a les normes constitucionals i no es desviï del sentit més favorable a l'efectivitat del dret fonamental, i per això puguin incórrer en inconstitucionalitat mereixedora d'empara les sentències d'inadmissió que, interpretant la legalitat ordinària en un sentit desfavorable o menys favorable a la plena satisfacció del dret fonamental a la tutela judicial efectiva, impedeixin entrar en l'enjudiciament de les qüestions de fons plantejades per les parts".

Ara bé, reconegut així en l'article 19.1.b. de la Llei 29/98, ens trobem, d'una banda, el reconeixement de la impugnabilitat universal de les resolucions administratives — article 106.1—, connectat a la tutela judicial efectiva; i, d'una altra, la referència a l'interès legítim —que no directe— per accedir al recurs d'empara i, en definitiva, per a l'obtenció de la tutela indicada —articles 162.1 b) i 24.1. Per tant, com que el problema de la legitimació és un problema de legalitat ordinària, no es pot oblidar allò que la fase judicial tracta de dilucidar, això és, no si concorre interès directe, sinó si concorre interès legítim, el concepte del qual, com assenyala el Tribunal Constitucional en la Sentència 60/1982, d'11 d'octubre, és més ampli que l'interès directe.

Sobre això la Sentència diu:

Interès legítim és el que tenen les persones que per raó de la situació objectiva en la qual es troben, per la seva situació personal o perquè són destinatàries d'una regulació sectorial, són titulars d'un interès propi, diferent del de qualsevol ciutadà, que els poders públics actuïn d'acord amb l'ordenació jurídica quan amb motiu de la prossecució de finals d'interès general, incideixen en l'àmbit d'aquest interès

propi, encara que l'actuació que es tracti no els ocasioni un concret benefici o perjudici immediat.

»Per tant, descartat aquí el simple interès de la legalitat i descartat en tot cas un interès davant presumptes greuges presents o futurs, la legitimació activa es nua que pugui resultar beneficiat amb l'estimació de la pretensió exercitada.

Finalment, pel que fa a la controvèrsia ambiental de les obres que es discuteixen, el Tribunal afirma:

En el cas que examinem, les administracions demandades no han aclarit res sobre el concret acte o disposició que legitimi l'extraordinària obra de rebliment del mar a la qual aquest plet es refereix, la qual cosa resulta incomprensible quan el que es discuteix és l'afirmació contrària que aquesta obra té només el seu suport pretès en el Pla Especial que aquí s'impugna. La perplexitat és encara més gran quan l'Administració a qui més afecta el plet, que és l'Autoritat Portuària, diu en cassació referent a això que “el rebliment té, certament, altres bases, que no han estat qüestionades i que no són del cas exposar en aquest moment processal.”

En el nostre cas, com ja hem assenyalat anteriorment, l'esplanada i els molls comercials a l'abric del dic de Botafoch, que no depassava el límit de la Zona de Servei del Port d'Eivissa, no estava per tant supeditada que es comptés sobre això amb un Pla d'Utilització dels Espais Portuaris sinó que depenia del resultat que donés el procediment d'avaluació d'impacte ambiental, amb la qual cosa se sotmetia així la declaració d'impacte ambiental que procedís després de l'estudi corresponent.

Vigent, com ja hem dit, la Zona de Serveis, es comptava també el cas amb el Pla Especial del Port d'Eivissa, que va ser aprovat definitivament, bé que amb prescripcions, per la Comissió Insular d'Urbanisme d'Eivissa-Formentera en sessió celebrada el 2 de desembre de 1993. I aquest Pla Especial del Port d'Eivissa preveia el nou dic d'abric de Botafoch, esplanades i molls en aquesta nova zona abrigada i el nou accés litoral per la ribera del Port.

La Direcció General de Política Ambiental del Ministeri d'Obres Públiques, Transports i Medi Ambient havia aprovat la declaració d'impacte ambiental el 26 de juny de 1994, i fou publicada al *Butlletí Oficial de l'Estat* el 29 de setembre de 1994.

Al març de 2004, havent-se fet necessària per Llei, en concret pel que disposa l'article 38 de la Llei 48/2003, l'elaboració d'un pla director com a condició per a

la realització de noves obres d'infraestructura que, com les del cas, alteressin de forma significativa la configuració del port, en definitiva, d'acord amb el que disposa aquest article 38 de la Llei 48/2003, va ser aprovat el Pla Director d'Infraestructures del Port d'Eivissa.

El Projecte General anomenat "Instal·lacions Portuàries amb nou abric al Port d'Eivissa" incloïa tres actuacions: la primera, el dic d'abric; la segona, el nou accés, i la tercera, les esplanades amb els molls, que amplien la superfície terrestre mitjançant terrenys guanyats al mar i que és l'actuació que es qüestiona.

Aquest projecte general disposava de la declaració d'impacte ambiental positiva, ja esmentada, de 26 de juny de 1994, publicada en el *Butlletí Oficial del Estat* de 28 de setembre de 1994.

A més, el 17 de juny de 2008 la Secretària d'Estat de Canvi Climàtic va aprovar la declaració favorable de l'Estudi d'impacte ambiental del projecte d'esplanada i molls comercials a l'abric del dic de Botafoch, i es publicà el 2 de setembre de 2008 al *Butlletí Oficial de l'Estat*. Aquesta declaració se subjectava, primer, al que disposa el Reial decret legislatiu 1302/1986, d'adaptació de la normativa interna al dret comunitari, desplegat pel Reial decret 1131/1988 i les seves modificacions; segon, a la Llei 9/2006, després al Text refós, aprovat pel Reial decret legislatiu 1/2008, i ara ja a la Llei 21/2013, i, tercer, a la Llei CAIB 11/2006.

És així, doncs, com el 26 de febrer de 2009 el director de l'Autoritat Portuària de Balears va aprovar tècnicament el projecte d'esplanada i molls comercials a l'abric del dic de Botafoch, que era, com ja hem dit, la tercera de les actuacions previstes en el Pla Especial del Port d'Eivissa i l'única que restava encara per executar.

La discrepància tècnica amb l'estudi d'impacte ambiental i la seva declaració la basa la Comunitat de Titulars del Port Esportiu d'Hivernada Marina de Botafoch en els quatre dictàmens aportats amb la seva demanda [...].

Per la resta, en el judici s'ha practicat la prova documental proposada per totes les parts i la testifical pericial sol·licitada per l'Administració, relativa a l'informe aportat amb les seves contestacions a les dues demandes [...].

Els dictàmens aportats amb la demanda presentada en el judici per la Comunitat de Titulars del Port Esportiu d'Hivernada Marina de Botafoch, al nostre parer, són, sens dubte, opinions discrepants de l'estudi que va resultar del procediment administratiu d'avaluació d'impacte ambiental, però no els considerem ni reveladors d'errors significatius ni més convincents que la declaració favorable emesa en el procediment d'avaluació corresponent després de l'esmentat estudi

d'impacte ambiental, detallat i precís. Hi figuren, entre altres aspectes, la justificació exacta del projecte, l'anàlisi d'alternatives, la localització cartogràfica dels ecosistemes i espècies i dels elements que componien el projecte per a cada una de les alternatives presentades, l'especificació del lloc d'abocament del dragatge, el detall de la superfície total que havia d'ocupar la nova esplanada i els dics, les possibles afeccions, la definició de les accions de recuperació dels terrenys afectats per les obres i les mesures correctores corresponents i el Pla de Vigilància i Seguiment.

Finalment, es dilucida un últim aspecte en consideració al fet de la declaració d'Eivissa com a Patrimoni Mundial d'UNESCO que inclou en el seu àmbit les praderies de Posidònia. Sobre aquest punt el Tribunal afirma:

Pel que fa a la denúncia presentada davant de la UNESCO per l'ara part demandant, GOB-GEN-EIVISSA, s'ha d'estar al seu resultat que, després de la missió avaluadora enviada a Eivissa el 2009, aquesta missió en va concloure seva l'avaluació assenyalant que era satisfactori l'estat general de conservació que presentaven les obres en aquell moment. És cert que la missió avaluadora de la UNESCO va fer recomanacions per millorar la gestió d'amenaques potencials per a la integritat del lloc, però van ser ateses, i, així, al juliol de 2010, l'Assemblea de la UNESCO va establir les condicions necessàries per al correcte seguiment de l'estat de qualitat del lloc. Cal tenir en compte que les obres estaven incloses en l'entorn del Patrimoni Cultural, però fora de l'entorn de la Reserva de la Biosfera, amb la qual cosa les condicions establertes per la UNESCO que es referien a les obres del cas afectaven el seguiment arqueològic del dragatge i dels abocaments del material dragat. Doncs bé, aquests abocaments es van dur a terme amb autorització del Ministeri de Foment —22 de setembre de 2009— d'acord amb el que disposa l'article 131 de la Llei 48/2003, a dotze milles del port, a nou milles del parc natural de Ses Salines i nou milles al nord de la Reserva de la Biosfera. A més, l'Administració actuant es va comprometre a redactar el Pla Especial de Vigilància Ambiental dels esmentats treballs de dragatge i abocament, que s'afegeix al Pla de Vigilància Ambiental derivat de les prescripcions de la declaració d'impacte ambiental favorable de 17 de juny de 2008 i del compliment del qual es va haver de donar compte a la UNESCO al febrer de 2011.

És pacífic el fet que les praderies de posidònia situades a l'est de la badia experimentaven un deteriorament progressiu per la modificació dels factors ambientals arran de les obres del cas. Però sobre això, el resultat del procediment d'avaluació d'impacte ambiental, que va ser, com ja sabem, una declaració

d'impacte ambiental favorable expedida per l'autoritat ambiental, es va basar en l'alternativa i en les condicions que en aquesta resolució s'especificaven, determinants del corresponent Pla de Vigilància Ambiental que adoptava les mesures preventives, correctores i compensatòries adequades per atenuar el deteriorament detectat. A més, l'accés a la informació ambiental va ser cobert en aquest cas adequadament, en concret mitjançant l'oferiment de lliure accés a un web —<http://www.ambientalmuellebotafocibiza.com>— que recollia constantment les dades obtingudes en les tasques de vigilància i control ambiental durant l'execució de les obres, amb els quals s'elaboraven després els preceptius informes trimestrals que s'havien de remetre perquè les considerés l'autoritat ambiental.

En vista de tot el que hem exposat, el Tribunal no té cap altra opció per resoldre en el sentit següent: quant al Recurs contenciós administratiu núm. 853/2009, la desestimació; i pel que fa al Recurs contenciós núm. 763/2010, la inadmissió per extemporani respecte de la impugnació de la Resolució de 26 de febrer de 2009, l'estimació pel que fa a la impugnació de la desestimació presumpta de la sol·licitud formulada el 12 de juliol de 2010 i la desestimació respecte de la resta.

