

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN LAS ISLAS BALEARES (pp. 2-16)

—

JURISPRUDÈNCIA AMBIENTAL A LES ILLES BALEARS (pp. 17-30)

JOSÉ MANUEL GÓMEZ GONZÁLEZ

Departament de Territori. Consell Insular de Mallorca

—

Consultor

Universitat Oberta de Catalunya

Sumario: 1. Alcance de la falta de emisión de informes determinantes. 2. Medio ambiente y minas. 3. Miscelánea: potestad sancionadora, antenas de telefonía y obras en zona de servidumbre de costas. 3.1. La Sentencia del TSJIB núm. 84/2011, de 11 de febrero de 2011. (Id Cendoj: 07040330012011100094) (Número de Recurso: 287/2010). 3.2. La Sentencia del TSJIB núm. 1130/2010, de 21 de diciembre de 2010. (Id Cendoj: 07040330012010101096) (Número de Recurso: 87/2010). 3.3. La Sentencia del TSJIB núm. 1090/2010, de 9 de diciembre de 2010. (Id Cendoj: 07040330012010101041) (Número de Recurso: 528/2008).

1. Alcance de la falta de emisión de informes determinantes

Recientemente el TSJIB ha dictado una sentencia que llama la atención porque avala la forma en que se aprobó definitivamente el Plan Territorial Insular de Menorca en ausencia del preceptivo informe previsto en el artículo 117.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. El Pleno del Consell Insular aprobó definitivamente su instrumento de ordenación territorial y suspendió aquellas determinaciones afectadas por la competencia estatal de costas y que debían contar con el preceptivo informe previo. El TSJIB, haciendo una lectura en positivo de la forma de aprobación, determina en su Sentencia núm. 1021/2010, de 20 de diciembre de 2010, que la fórmula adoptada era ajustada a derecho.

Así, afirma el TSJIB, que el cumplimiento de los trámites a que se refiere el artículo 117 de la Ley de Costas interrumpirá el cómputo de los plazos que para la aprobación de los planes de ordenación se establecen en la legislación urbanística.

Sin embargo, dado que el Consell Insular de Menorca recabó la expedición de los informes previstos en los artículos 112, 117.1 y 117.2 de la Ley 22/1988 a la Dirección General de Costas, que estos fueron dictados por la Administración competente e incorporados al procedimiento, y que sus observaciones se habían incorporado en el texto del Plan Territorial, siendo incontrovertida esta transposición, la irregularidad del hecho de que la recepción del informe establecido en el artículo 117.2 de la Ley de Costas fuera posterior a la aprobación definitiva no se puede erigir como una infracción legal, ya que los preceptos concernientes a las materias sobre las que dicho informe debía versar tuvieron su eficacia o vigencia demorada y condicionada a la emisión del parecer favorable de la Administración estatal. Esto es así por la fórmula adoptada en el momento de la aprobación definitiva: dejar en suspenso aquellas previsiones del PTI de Menorca afectadas por el informe de Costas —las cuales, en la práctica, eran inexistentes al no ordenar el PTI el DPMT— y levantar la suspensión una vez recibido dicho informe —como así se hizo.

Esta doctrina se pronuncia a favor de una lectura favorable al impulso de los trámites administrativos de aprobación de los instrumentos de ordenación sin comprometer las garantías de salvaguarda de las competencias sobre aspectos prevalentes de otras administraciones, como en el caso de la protección del DPMT por parte de la administración de Costas. Una compatibilización que no siempre ha sido avalada por el criterio jurisprudencial, puesto que en muchas ocasiones se demora o se impide la aprobación definitiva de instrumentos urbanísticos y de ordenación del territorio por la falta de emisión de informes determinantes; por ello, el criterio comentado del TSJIB puede permitir una salida —en dos tiempos— al problema.

2. Medio ambiente y minas

También merece un comentario la Sentencia del TSJIB núm. 33/2011, de 26 de enero (Id Cendoj: 07040330012011100041), que versa sobre la Resolución de la consejera de Comercio, Industria y Energía del Govern de las Islas Baleares, de fecha 18 de agosto de 2008, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del director general de Industria, de fecha 12 de marzo de 2008, por medio de la cual se deniega la solicitud de autorización de traslado y montaje, como establecimiento de beneficio, de una planta de hormigón incluida en el “proyecto de actividad de la explotación de calizas de Ca’n Centes, julio 2006”.

El litigio tiene interés por un doble motivo procedimental y de salvaguarda ambiental. Por una parte, se discute el principio de confianza legítima y, por otra, el contenido de la pretendida ampliación de la autorización de explotación en un espacio sensible.

El principio de confianza legítima fue recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990, así como en las de 28/07/1997 o 26/09/2000, entre otras. De acuerdo con esta última sentencia, el principio de confianza legítima debe aplicarse “cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le [...] induzcan [al particular beneficiado] razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa”.

Según la Sentencia, esta doctrina viene así referida a supuestos en que el particular acomoda su actuación a lo que era el criterio uniforme de la Administración con la confianza de no verse sorprendido por un criterio distinto. No obstante, la empresa recurrente no había realizado una actuación conforme al criterio anterior de la

Administración de modo que este cambio de criterio la haya sorprendido a posteriori y perjudicado en lo que hizo confiada en el criterio de la Administración, sino que, al contrario, aquí se trata de una solicitud de autorización previa al traslado y lo que ocurre es que esta autorización ha sido denegada sobre la base de cambio de criterio de la Administración, lo que es perfectamente posible.

O lo que es lo mismo: el principio de confianza legítima obliga a respetar las actuaciones de los particulares realizadas al amparo del criterio administrativo uniforme, pero no alcanza al extremo de que la Administración no pueda cambiar de criterio y más cuando el mismo se exterioriza antes de la actuación del particular. En nuestro caso antes de que se materialice el traslado.

La necesidad de motivar los actos administrativos que se separen del criterio seguido anteriormente tiene su fundamento en el artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En el caso que nos ocupa, en la Resolución originaria (de 12/03/2008) se motivó en informe del Servicio Jurídico de la Consejería de fecha 03/11/2005, conforme al cual, y a la vista de la STS de 18/09/1997, una planta de fabricación de hormigón no puede considerarse como “establecimiento de beneficio”. Más extensamente se motivó en la Resolución de 18/08/2008 al desestimar el recurso de alzada, por lo que no hay vulneración del principio de confianza legítima ni vulneración de la doctrina de los actos propios cuando motivadamente se procede a un cambio de interpretación de los preceptos de la legislación minera con respecto a lo que cabe entender como “establecimiento de beneficio”, máxime si la nueva interpretación cuenta con el aval de una sentencia del TS.

El hecho de que en el expediente administrativo el jefe de Negociado XI de Ordenación Minera hubiese emitido informe favorable al traslado y montaje de la planta de hormigón preparado como establecimiento de beneficio no es ejemplo de actuación administrativa en contra de los propios actos por la sencilla razón de que se trataba de un informe no vinculante y no tomado en consideración por la Resolución administrativa impugnada.

La argumentación de la parte recurrente podría prosperar si se demostrase que la misma Administración y en fechas posteriores autoriza traslados o implantación de plantas de hormigón como “establecimientos de beneficio de las canteras”, lo que sin duda ilustraría actuación sujeta a arbitrariedad, pero pese a que la recurrente insinúe que así se pudiera actuar, nada se acredita al respecto.

Por otro lado, es interesante transcribir el contenido de la Sentencia, en cuanto al análisis de si la planta de hormigón puede considerarse como establecimiento de beneficio minero o no, por las repercusiones ambientales que ello comporta, especialmente en relación con los usos del suelo y la tramitación de los controles de impacto ambiental. Así, la STSJIB nos recuerda:

El art. 112 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, dentro del Título XII referido a los “establecimientos de beneficio”, contempla:

“TÍTULO XII. ESTABLECIMIENTOS DE BENEFICIO.

Artículo 112

1. Para instalar un establecimiento destinado a la preparación, concentración o beneficio de recursos, deberá obtenerse previamente autorización de la Dirección General de Minas, mediante instancia presentada en la Delegación Provincial del Ministerio de Industria, a la que se acompañarán el proyecto de instalación y el estudio básico que haya servido para su elaboración.

2. El reglamento de esta ley regulará la tramitación del expediente y la intervención y vigilancia de la Administración, siendo preceptivo el informe del Instituto Geológico y Minero de España, para conseguir unos procesos adecuados de tratamiento que garanticen el aprovechamiento racional de los recursos, así como la utilización de los elementos técnicos adecuados para la protección del medio ambiente.

3. En cuanto a las instalaciones de transformación vinculadas funcionalmente a los establecimientos de beneficio, las autorizaciones pertinentes serán otorgadas por los Organismos de la Administración que tengan atribuida dicha facultad, de acuerdo con las disposiciones vigentes.”

Por su parte, el art. 138,2º del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería, precisa:

“2. A los efectos consignados en el apartado anterior, se entiende por:

a) Instalaciones de preparación, aquellas cuya finalidad sea la eliminación de elementos sin valor, y mediante operaciones de trituración, molienda, clasificación y estrío, obtener productos vendibles aptos para su posterior tratamiento o utilización directa.

Dentro de este apartado se incluyen también los talleres de labrado de sustancias minerales ornamentales al objeto de conseguir tamaños y formas apropiadas para su comercialización.

b) Plantas de concentración; son aquellas cuyo objeto es el de tratar de separar en el todo-uno la mena de la ganga, así como eliminar los elementos que puedan ser susceptibles de penalización en la comercialización o tratamiento posterior del producto.

Asimismo se considerarán como plantas de concentración aquellas en que, mediante procedimientos mecánicos o procesos metalúrgicos, se obtengan productos más apropiados para su tratamiento posterior, caso de que los procesos sean parciales.

c) Plantas de beneficio; son aquellas instalaciones cuya finalidad es la de someter los recursos procedentes de yacimientos naturales o no naturales, o los productos resultantes de las operaciones anteriores, al correspondiente tratamiento para la obtención o recuperación de los elementos o compuestos que sean útiles.

En este grupo quedan incluidas aquellas instalaciones que utilizando materias primas obtengan productos útiles para infraestructura e industrias de la construcción.”

De los preceptos anteriores, no cabe extraer la interpretación conforme a la cual una planta de hormigón preparado constituya una planta de beneficio de los recursos mineros previamente extraídos, por cuanto la fabricación de hormigón conlleva un proceso industrial de transformación de los recursos procedentes del yacimiento, mediante su mezcla con otras sustancias como el cemento y los aditivos, para obtener así un producto elaborado.

La recurrente, tras admitir que la planta de hormigón no se incardinaría en el primer párrafo del apartado c) del artículo 138.2.º del RD 2857/78, sostiene que sí se integraría en el supuesto del segundo párrafo conforme al cual “en este grupo quedan incluidas aquellas instalaciones que utilizando materias primas obtengan productos útiles para infraestructura e industrias de la construcción”, porque debe entenderse que los productos útiles para la construcción a que se refiere el precepto lo son sin necesidad de someterlos a procesos industriales o químicos, como sí ocurre con las plantas de hormigón o de aglomerado asfáltico.

Así, una planta de beneficio de la que se obtengan productos útiles para la construcción lo sería aquella que permite obtener grava o piezas de piedra o arenisca en dimensiones y corte aptos para la construcción.

En este punto y por su claridad, no puede desconocerse la STS de 18/09/1997 analizada por las partes y cuyo contenido conviene reproducir:

SEPTIMO.- En cuarto lugar se alega que las plantas de hormigón son, por disposición normativa, establecimientos de beneficio de las canteras, y que por ello deben ser consideradas instalaciones de utilidad pública o interés social que deben emplazarse en el medio rural, autorizables, por lo tanto, al amparo del artículo 85-1-2ª del Texto Refundido de la Ley del Suelo EDL1992/15748 y del artículo 44-2 del Reglamento de Gestión Urbanística. Tampoco este argumento puede ser aceptado, por las siguientes razones:

1ª) Según el artículo 44-2-1-d) del Reglamento de Gestión Urbanística, es el propio solicitante quien tiene que justificar en la solicitud que lo solicitado son instalaciones de utilidad pública o social, lo que la entidad actora no hizo en su petición de fecha 23 de Febrero de 1987.

2ª) Una planta de fabricación u obtención de hormigón no puede ser considerada una planta de beneficio de un recurso minero, ya que la definición que de estos hace el artículo 138-2-c) del Reglamento General para el Régimen de la Minería de 25 de Agosto de 1978 no se corresponde con una planta de hormigón. Baste para ello constatar que tal precepto se refiere a la acción de someter “los recursos procedentes de yacimientos naturales o no naturales o los productos resultantes de las operaciones anteriores” (también referidas éstas a los propios productos mineros), “al correspondiente tratamiento para la obtención o recuperación de los elementos o compuestos que sean útiles”. Pero ocurre que en el caso del hormigón no se trata sólo de someter a un tratamiento a los áridos, ni sólo de triturarlos, o molerlos, o clasificarlos, o estriarlos, sino de mezclarlos con un material nuevo como es el cemento, que no tiene nada que ver con los productos extraídos de la cantera.

3ª) Aunque así fuera, debe tenerse presente que los aprovechamientos de los recursos de la Sección A no se consideran de utilidad pública sino cuando han obtenido una declaración específica en tal sentido realizada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto (artículo 128 del Reglamento de 25 de Agosto de 1978), de forma que, en el presente caso, no ya la sedicente planta de beneficio sino

ni siquiera la explotación principal puede tener la consideración de instalación de utilidad pública o interés social.

Se invoca por la recurrente que el criterio del TS no puede ser de aplicación al caso por cuanto se adoptó en el seno de una discusión de corte urbanístico, relativa a si dicha instalación precisaba declaración de utilidad pública o interés social para su implantación en el medio rural. Se alega que esta discusión es ajena al caso que nos ocupa, en que el pleito se ciñe a una autorización minera.

Aun tomando como válido este argumento de la recurrente, el problema es que, incluso desde una perspectiva ajena a la urbanística, llegamos a la misma conclusión, porque la idea es que la autorización de una explotación minera lo es para aquellas actuaciones de extracción y tratamiento de los recursos mineros, pero sin que al amparo de una imprecisa definición del concepto de *establecimiento de beneficio* se puedan considerar autorizadas las industrias derivadas.

Por la misma razón que la recurrente considera comprendida en la autorización una planta de fabricación de hormigón, podrían entenderse incluidas una de fabricación de asfalto y también una de fabricación de cerámica (tan solo aplicando calor a la materia extraída), así como todas las que fabrican productos útiles para infraestructura e industrias de la construcción.

El componente medioambiental viene adquiriendo mayor importancia en la intervención administrativa, lo que obliga a que las dudas interpretativas se resuelvan en el sentido más restrictivo para evitar que, al amparo de un concepto jurídico no suficientemente definido, tengan entrada actividades industriales que tienen autonomía propia y no son simplemente accesorias o secundarias de la explotación minera para la que se concedió autorización.

Por último, no deja de ser llamativo que en el proyecto para el que se solicita autorización en ningún momento aparezca la expresión *planta de hormigón* ni en los planos ni en la descripción del objeto del proyecto. En todo caso, se habla de “extracción, trituración, clasificación, mezcla y elaboración de áridos calizos”, lo que se puede realizar sin necesidad de fabricar hormigón.

Por esta indefinición fue necesario escrito de aclaración ante la Dirección General de Industria, y sin duda por esta razón el Ayuntamiento de Felanitx, que otorgó licencia de instalación al mismo proyecto mediante Decreto de 17/04/2007, ahora certifica ante esta

sala que “no se ha otorgado por parte del Gobierno Municipal ninguna licencia de instalación ni apertura y funcionamiento a la entidad mercantil ‘Árids i Serveis Gravera Can Alou, SL’, para una planta de hormigón preparado en la cantera Can Centes”.

Lógico, porque en el proyecto se disfrazaba con un inconcreto “establecimiento de beneficio” referido a “tratamiento o mezcla de áridos”, pero no a planta de fabricación de hormigón preparado.

A la vista de las reflexiones introducidas por la Sentencia, se concluye que procede la desestimación del recurso.

3. Miscelánea: potestad sancionadora, antenas de telefonía y obras en zona de servidumbre de costas

3.1. La Sentencia del TSJIB núm. 84/2011, de 11 de febrero de 2011. (Id Cendoj: 07040330012011100094) (Número de Recurso: 287/2010)

Constituye el objeto del recurso el Acuerdo dictado el 20 de septiembre de 2007 por el Consorci per a la Protecció de la Legalitat Urbanística al Sòl Rústic de l’Illa de Menorca, el cual desestimó el recurso de reposición formulado frente a la Resolución de 15 de febrero de 2007, dentro del expediente sancionador núm. xxx, por la que se impuso a D.^a xxx y D. xxx una sanción de multa de 44.708,25 euros por la realización de obras en la parcela xxx del polígono xxx del Catastro Rústico, dentro del término municipal de Alaior (Menorca). La discusión de fondo se sitúa en la falta de potestad sancionadora del Consorci, lo que es rechazado por el Tribunal.

Así, la Sentencia razona lo siguiente:

CUARTO. Entrando en el análisis del primer motivo de impugnación esgrimido contra la sentencia de instancia, para determinar si el Consorcio demandado tiene potestad sancionadora en materia de disciplina urbanística, hemos de partir del artículo 25.1 de la Constitución, el cual señala que “nadie puede ser condenado y sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento”. Este precepto encierra, según ha declarado el Tribunal Constitucional, una doble garantía, la primera de carácter material (o principio de tipicidad): la conducta ilícita y su correspondiente sanción debe estar predeterminada, con suficiente grado de certeza, en una Ley; la segunda de carácter

formal: la Administración, para poder sancionar, ha de tener esta potestad atribuida de forma expresa a través de una Ley formal estatal o autonómica (principio de legalidad).

En consonancia con el transcrito precepto constitucional, el artículo 127.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC, modificada en este apartado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre) indica que “La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”. Véanse arts. 25.1 CE y 139 a 141 LRBRL art. 139 EDL 1985/8184 art. 140 EDL 1985/8184 art. 141 EDL 1985/8184.

Y el artículo 127.2 establece que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal y reglamentario, habiendo desaparecido, tras la Ley 4/1999, de 13 de enero, la expresión “sin que pueda delegarse en órgano distinto”.

Por consiguiente, no resulta aplicable la redacción del precepto propugnada por la parte demandante, siendo delegable la competencia del órgano que tiene encomendado el ejercicio de la potestad sancionadora correspondiente a la Administración Pública que se trate.

La Sentencia realiza un extenso análisis legal y jurisprudencial, así como sobre la naturaleza jurídica de los consorcios, para concluir que el Consorci per a la Protecció de la Legalitat Urbanística al Sòl Rústic de l’Illa tiene plena potestad sancionadora en cumplimiento de los fines que se le han asignado.

SEXTO. Por lo que concierne a la regulación de los Consorcios, y como correlato a su posible configuración como entidad local de constitución voluntaria dentro del elenco de figuras consignadas en el artículo 3 LRBRL, el artículo 6.5 LPAC los incluye como fórmula de colaboración interadministrativa:

“Cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil.

Los estatutos del consorcio determinarán los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero.”

Como se desprende de la lectura conjunta de los preceptos contenidos en la legislación básica estatal en materia local (LBRL y TRLRL), la cual contempla el “núcleo material del interés general” y la normativa autonómica de desarrollo —que despliega estas bases y las adapta al “interés respectivo” de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares—, resulta que las leyes del Estado, de acuerdo con la Constitución, permiten que la legislación autonómica configure entes locales distintos de los municipios, provincias e islas (infra o supramunicipales), al igual que regula los consorcios como fórmulas de cooperación entre administraciones públicas.

SÉPTIMO. El artículo 21 de la Ley Balear de Disciplina Urbanística (LDU) establece que el control de la legalidad urbanística y la función inspectora será desarrollada por los Ayuntamientos y los Consells Insulars, en el ámbito de sus respectivas competencias, y en el apartado segundo prevé que “Asimismo, el control de la legalidad urbanística y coadyuvar a la función inspectora podrá desarrollarse por entidades creadas por acuerdo entre las administraciones de ámbito local, insular o autonómico”. El artículo 35 señala a los Alcaldes y a los Consells Insulars como autoridades competentes para iniciar, tramitar e imponer las sanciones, “sin perjuicio de que la competencia se atribuya a entidades creadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 21.2 de esta Ley”.

El Consorcio codemandado, en su momento fundacional, estaba integrado por el Consell Insular de Menorca y los ayuntamientos de Maó, Es Castell, Alaior, Sant Lluís, Es Migjorn Gran y Es Mercadal. Posteriormente hubo más adhesiones de corporaciones municipales.

Pues bien, por lo que se refiere a las reglas constitutivas del Consorcio, en los artículos 1 y 2 de sus Estatutos (publicados en el BOIB núm. 78, de 21 de mayo de 2005) se configura como una entidad pública instrumental, de carácter asociativo y voluntario, destinada a la consecución de las finalidades inherentes a su objeto de interés público común de las diferentes administraciones públicas que la integran, gozando de personalidad jurídica propia y diferenciada de estas, y, dentro del ámbito de sus competencias, se la dota de plena capacidad jurídica para adquirir, poseer, permutar, gravar o alienar toda clase de bienes y derechos, contraer obligaciones y ejercer cualquier tipo de acciones civiles, administrativas y penales, remitiéndose a los artículos

57 LBRL, 110 del texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRLRL) y 21, 35 y 39 LDU.

En cuanto a su objeto, el artículo 4 de los Estatutos dispone que queda circunscrito al desarrollo de todas aquellas actuaciones jurídicas y materiales que exige el correcto ejercicio de las distintas competencias que la legislación vigente, y de manera específica la Ley 10/1990, atribuye a las administraciones asociadas en materia de disciplina urbanística, entre ellas, las siguientes:

- La realización de la actividad inspectora, dirigida a vigilar y controlar la adecuación a la legalidad urbanística de todas las actuaciones de los administrados de uso y aprovechamiento del suelo, que dará lugar si se tercia al levantamiento de las correspondientes actas en las que queden reflejados los hechos que puedan resultar constitutivos de infracción urbanística.
- La incoación, tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores que se deban seguir contra las personas responsables de la comisión de infracciones urbanísticas.

En su norma fundacional, se califica al Consorcio como una entidad pública instrumental, de carácter asociativo y voluntario, de forma correlativa a la definición prevista en el artículo 57 LBRL, pero en su artículo 4 se lo dota de una verdadera potestad administrativa, la sancionadora, consistente en, principalmente, la resolución de los procedimientos sancionadores, ámbito de poder que pertenece a las administraciones públicas, según el artículo 4 LBRL, debiendo tener en cuenta que, de acuerdo con el citado cuerpo legal y sus propios Estatutos, este consorcio no es —ni puede ser— una entidad local, sino que responde a una personificación pública interadministrativa destinada a la gestión de servicios, obras y actividades de interés general, pero sin que este ámbito de actuación se pueda identificar con “potestades públicas”.

Así, la Sentencia concluye que “[p]or todos los argumentos expuestos, se deben rechazar las alegaciones formuladas por la parte actora acerca de la incompetencia del Consorcio demandado para imponer sanciones en materia de legalidad o disciplina urbanística, ya que se trata de una entidad pública administrativa, dotada legalmente de la potestad sancionadora. El recurso de apelación debe desestimarse”.

3.2. La Sentencia del TSJIB núm. 1130/2010, de 21 de diciembre de 2010. (Id Cendoj: 07040330012010101096) (Número de Recurso: 87/2010)

Constituyen el objeto del recurso tres resoluciones municipales —del Ayuntamiento de Consell (Mallorca)— por las que se confirmaban una orden de suspensión de obras y la denegación de licencia de obras y de licencia de instalación de unas antenas de telefonía de la empresa Vodafone.

En su momento se había desestimado íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Vodafone, S. A., contra el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Consell de 03/07/07 núm. 091, que desestimaba el recurso de reposición presentado frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno local de 26/04/07, que denegaba la licencia de obras de una estación base de telefonía móvil en la plaza de Son Bernadet núm. 1 de Consell; contra el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Consell de 3/07/07 núm. 092, que desestimaba el recurso de reposición presentado frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno local de 26/04/07, que denegaba la licencia de instalación de nuevos cuadros de mando en la estación base de telefonía móvil de la plaza de Son Bernadet núm. 1 de Consell, y contra la Resolución de 30/04/07, por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto frente a la orden de suspensión de las obras acordada en el Decreto de Alcaldía 17/2007, de 6 de marzo.

La STJIB justifica la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

PRIMERO. La aquí apelante, Vodafone España, Sociedad Anónima Unipersonal, se opuso a las decisiones municipales señaladas en el encabezamiento de la sentencia y promovió recurso contencioso que se ha seguido en el Juzgado número 3 y que ha terminado en primera instancia por sentencia que lo desestima, en resumen, por cuanto las obras e instalación en cuestión, relativas a telefonía móvil, se pretendían realizar en un edificio fuera de ordenación.

Pues bien, en la apelación se aduce tanto que en el Plan General de Consell no constaba que se hubiera respetado lo previsto en su día por el artículo 44.3. de la Ley 11/98 —informe vinculante de la Administración General del Estado— como que las obras e instalación en cuestión eran compatibles con aquel y con los

edificios fuera de ordenación ya que se trataba de estación base, que consiste en antenas, equipos electrónicos y soportes, todo ello desmontable.

SEGUNDO. Las resoluciones administrativas combatidas conciernen no solo a instalación sino también a obras.

Con el punto de partida de la Ley 11/98, como si se parte de la que le seguiría, esto es, de la Ley 32/03, ha de aceptarse que las normas urbanísticas deben regular la implantación del servicio público de que aquí se trata, esto es, de la telefonía móvil.

Pues bien, adaptada o no la norma urbanística a las necesidades de las infraestructuras de telecomunicaciones, si lo estuviera, a ello debería estarse; y, de no estarlo, como era el caso, la obra e instalación pretendida, en principio, podía ser llevada a cabo en cualquier punto de Consell, pero no en el edificio sito en plaza de Son Bernadet, número 1.

En efecto, ese edificio supera los parámetros de edificabilidad previstos en las normas Subsidiarias del municipio, en concreto el número de plantas. De ahí resulta un exceso de altura y, en lo más sustancial, que dicho edificio se encuentra en la situación de fuera de ordenación, lo que supone que se encuentra sujeto a lo establecido en la Ley de la Comunidad Autónoma 8/88, es decir, que en el mismo no cabe obra o instalación cualquiera sino las pequeñas reparaciones que exigiera la higiene de quienes allí residieran”.

En realidad, los motivos subyacentes para la denegación radicaban en la oposición a la instalación de la antena por motivos ambientales y de salud —argumentos esgrimidos por algunos vecinos—, pero la situación de fuera de ordenación impide aquí la instalación, lo que sienta un precedente jurisprudencial interesante dado que no pocas veces este tipo de instalaciones se han autorizado sin contemplar como incompatible la situación urbanística disconforme con la ordenación vigente.

3.3. La Sentencia del TSJIB núm. 1090/2010, de 9 de diciembre de 2010. (Id Cendoj: 07040330012010101041) (Número de Recurso: 528/2008)

En este caso, constituye el objeto del recurso la Resolución del *conseller* de Medio Ambiente del Govern de las Islas Baleares, de fecha 18 de abril de 2007, por medio de la cual se desestima el recurso de alzada interpuesto por D.^a xxx contra la Resolución del director general de Calidad Ambiental y Litoral, de fecha 06/06/2006, por medio de la cual se autoriza la rehabilitación interior de la vivienda situada en s'Aigua Blanca

(t.m. Santa Eulària), en lo que afecta a la zona de servidumbre de protección de la Ley de Costas, y se deniega la legalización de las obras consistentes en la construcción de un porche anexo al garaje y de una cámara técnica.

La denegación de la legalización obedece a que la *Conselleria* considera que es obra de nueva planta situada en zona de servidumbre de protección de costas y que carece de la autorización pertinente. La Administración considera que ahora no puede conceder la legalización por cuanto es obra ilegalizable al situarse en suelo rústico afectado por la APT de Costas y que el Plan Territorial de Ibiza impide construcciones en dicha zona. La imposibilidad de obtener la autorización urbanística por el motivo indicado determina la imposibilidad de conceder la autorización por parte de la Administración responsable de la servidumbre de protección de costas (art. 48.3 del Reglamento de ejecución de la Ley de Costas).

No obstante, si bien en la Resolución inicial del director general de Calidad Ambiental y Litoral de fecha 19/01/2006 se acordó expresamente su demolición, en posterior Resolución de 06/06/06 del mismo director general se acordó expresamente “deixar sense efecte la resolució de la Direcció General de Qualitat Ambiental i Litoral de data 19 de gener de 2006”, y, lo que es más importante, en la nueva resolución sustitutoria (la de 06/06/2006), si bien se deniega la legalización del porche y la construcción de la cámara técnica, ya no se acuerda su demolición, por lo que la discusión relativa a la prescripción o no de la infracción es cuestión a dilucidar en el expediente sancionador e irrelevante en el presente recurso desde el momento en que la Resolución aquí recurrida no acuerda expresamente su demolición. Únicamente acuerda denegar la legalización y esta decisión ya hemos dicho que es conforme a derecho.

Este último argumento del TSJIB es discutible dado que las obras, al no ser legalizables, pueden —y deben— ser demolidas con independencia de la prescripción de la infracción y la posibilidad de sancionar. Las obras ilegalizables en zona de servidumbre de protección de costas no prescriben, como se ha determinado en numerosa jurisprudencia anterior. El Tribunal elude aquí el pronunciamiento al afirmar que “la discusión relativa a la prescripción o no de la infracción es cuestión a dilucidar en el expediente sancionador e irrelevante en el presente recurso desde el momento en que la resolución aquí recurrida no acuerda expresamente su demolición”.

Sumari: 1. Abast de la falta d'emissió d'informes determinants. 2. Medi ambient i mines. 3. Miscel·lània: potestat sancionadora, antenes de telefonia i obres en zona de servitud de costes. 3.1. La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 84/2011, d'11 de febrer de 2011 (Id. Cendoj: 07040330012011100094) (número de recurs: 287/2010). 3.2. La Sentència del Tribunal Superior de les Illes Balears número 1130/2010, de 21 de desembre de 2010 (Id. Cendoj: 07040330012010101096) (número de recurs: 87/2010). 3.3. La Sentència del Tribunal Superior de les Illes Balears número 1090/2010, de 9 de desembre de 2010 (Id. Cendoj: 07040330012010101041) (número de recurs: 528/2008).

1. Abast de la falta d'emissió d'informes determinants

Recentment el Tribunal Superior de les Illes Balears ha dictat una sentència que crida l'atenció perquè avala la forma en què es va aprovar definitivament el Pla Territorial Insular de Menorca en absència de l'informe preceptiu previst en l'article 117.2 de la Llei 22/1988, de 28 de juliol, de costes. El Ple del Consell Insular va aprovar definitivament l'instrument d'ordenació territorial i va suspendre les determinacions afectades per la competència estatal de costes i que havien de tenir l'informe previ preceptiu. El TSJIB, fent una lectura positiva de la forma d'aprovació, determina en la Sentència número 1021/2010, de 20 de desembre de 2010, que la fórmula adoptada era ajustada a dret.

Així, el TSJIB afirma que el compliment dels tràmits a què es refereix l'article 117 de la llei de costes interromp el còmput dels terminis que estableix la legislació urbanística per aprovar els plans d'ordenació.

No obstant això, atès que el Consell Insular de Menorca va demanar a la Direcció General de Costes que expedís els informes previstos en els articles 112, 117.1 i 117.2 de la Llei 22/1988, els quals l'Administració competent va dictar i es van incorporar al procediment, i les seves observacions s'havien incorporat en el text del Pla Territorial, ja que aquesta transposició és incontrovertida, el fet que la recepció de l'informe establert en l'article 117.2 de la llei de costes fos posterior a l'aprovació definitiva, aquesta irregularitat no es pot erigir com una infracció legal, ja que els preceptes concernents a les matèries sobre les quals aquest informe havia de versar van tenir la seva eficàcia o vigència demorada i condicionada a l'emissió del parer favorable de l'Administració estatal. Això és així per la fórmula adoptada en el moment de l'aprovació definitiva: deixar en suspens les previsions del PTI de Menorca afectades per l'informe de costes —les quals, a la pràctica eren inexistents ja que el PTI no va ordenar el DPMT— i alçar la suspensió un cop rebut l'informe —com així es va fer.

Aquesta doctrina es pronuncia a favor d'una lectura favorable a l'impuls dels tràmits administratius d'aprovació dels instruments d'ordenació sense comprometre les garanties de salvaguarda de les competències sobre aspectes prevalents d'altres administracions, com en el cas de la protecció del DPMT per part de l'Administració de Costes. Una compatibilització que no sempre ha avalat el criteri jurisprudencial. Moltes vegades es demora o s'impedeix l'aprovació definitiva d'instruments urbanístics i d'ordenació del territori per la falta d'informes determinants; el criteri que hem comentat del TSJIB pot permetre una sortida —en dos temps— al problema.

2. Medi ambient i mines

També cal comentar la Sentència del TSJIB número 33/2011, de 26 de gener (Id. Cendoj: 07040330012011100041), que versa sobre la Resolució de la consellera de Comerç, Indústria i Energia del Govern dels Illes Balears de data 18 d'agost de 2008, per la qual es desestima el recurs d'alçada interposat contra la Resolució del director general d'Indústria de data 12 de març de 2008, per mitjà de la qual es denega la sol·licitud d'autorització de trasllat i muntatge, com a establiment de benefici, d'una planta de formigó inclosa en el "*proyecto de actividad de la explotación de calizas de Ca'n Centes, julio 2006*". El litigi té interès per un doble motiu procedimental i de salvaguarda ambiental. D'una banda, es discuteix el principi de confiança legítima i, de l'altra, el contingut de la pretesa ampliació de l'autorització d'explotació en un espai sensible.

El principi de confiança legítima el van recollir la Sentència del Tribunal Suprem d'1 de febrer de 1990, així com la Sentència de 28 de juliol de 1997 o la Sentència de 26 de setembre de 2000, entre altres. D'acord amb aquesta última sentència, el principi de confiança legítima ha d'aplicar-se "*cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le ... (al particular beneficiado) ... induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de actuación administrativa*".

Segons la sentència, aquesta doctrina es refereix a supòsits en què el particular acomoda la seva actuació al que era el criteri uniforme de l'Administració amb la confiança de no veure's sorprès per un criteri diferent. No obstant això, l'empresa recurrent no havia realitzat cap actuació d'acord amb el criteri anterior de l'Administració de manera que

aquest canvi de criteri l'hagi sorprès a posteriori i perjudicat en el que va fer confiat en el criteri de l'Administració, sinó que, ans al contrari, es tracta d'una sol·licitud d'autorització prèvia al trasllat, i el que ocorre és que aquesta autorització s'ha denegat basant-se en el canvi de criteri de l'Administració, la qual cosa és perfectament possible.

“O lo que es lo mismo: el principio de confianza legítima obliga a respetar las actuaciones de los particulares realizadas al amparo del criterio administrativo uniforme, pero no alcanza al extremo de que la Administración no pueda cambiar de criterio y más cuando el mismo se exterioriza antes de la actuación del particular. En nuestro caso antes de que se materialice el traslado”.

La necessitat de motivar els actes administratius que se separin del criteri seguit anteriorment té el fonament en l'article 9.3 de la Constitució, que garanteix la interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics. En el cas que ens ocupa, en la resolució originària (de 12 de març de 2008) es va motivar en l'informe del Servei Jurídic de la Conselleria de data 3 de novembre de 2005, segons el qual, i a la vista de la STS de 18 de setembre de 1997, una planta de fabricació de formigó no pot considerar-se com a “establiment de benefici”. En la resolució de 18 d'agost de 2008 es va motivar més extensament i es va desestimar el recurs d'alçada, per la qual cosa no es vulnera el principi de confiança legítima ni la doctrina dels actes propis quan motivadament es canvia la interpretació dels preceptes de la legislació minera respecte al que cal entendre com a “establiment de benefici”, màximament si la nova interpretació té l'aval de la sentència del TS.

El fet que en l'expedient administratiu el cap de negociat XI d'Ordenació Minera hagués emès un informe favorable al trasllat i muntatge de la planta de formigó preparat com a establiment de benefici, no és un exemple d'actuació administrativa en contra dels propis actes per la senzilla raó que es tractava d'un informe no vinculant i que no s'havia pres en consideració per la resolució administrativa impugnada.

L'argumentació de la part recurrent podria prosperar si es demostrés que la mateixa Administració i en dates posteriors autoritza trasllats o implantació de plantes de formigó com a “establiments de benefici de les pedreres”, fet que, sens dubte, il·lustraria l'actuació subjecta a arbitrarietat, però a pesar que la part recurrent insinuï que es pogués actuar així, no s'acredita res respecte d'això.

D'una altra banda, és interessant transcriure el contingut de la sentència quant a l'anàlisi de si la planta de formigó pot considerar-se com a establiment de benefici miner o no, per les repercussions ambientals que això comporta, especialment amb relació als usos del sòl i a la tramitació dels controls d'impacte ambiental. Així, la STSJIB ens recorda:

“El art. 112 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, dentro del Título XII referidos a los «establecimientos de beneficio», contempla:

«TÍTULO XII. ESTABLECIMIENTOS DE BENEFICIO.

Artículo 112

1. Para instalar un establecimiento destinado a la preparación, concentración o beneficio de recursos, deberá obtenerse previamente autorización de la Dirección General de Minas, mediante instancia presentada en la Delegación Provincial del Ministerio de Industria, a la que se acompañarán el proyecto de instalación y el estudio básico que haya servido para su elaboración.

2. El reglamento de esta ley regulará la tramitación del expediente y la intervención y vigilancia de la Administración, siendo preceptivo el informe del Instituto Geológico y Minero de España, para conseguir unos procesos adecuados de tratamiento que garanticen el aprovechamiento racional de los recursos, así como la utilización de los elementos técnicos adecuados para la protección del medio ambiente.

3. En cuanto a las instalaciones de transformación vinculadas funcionalmente a los establecimientos de beneficio, las autorizaciones pertinentes serán otorgadas por los Organismos de la Administración que tengan atribuida dicha facultad, de acuerdo con las disposiciones vigentes.»

Por su parte, el art. 138,2º del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería, precisa:

«2. A los efectos consignados en el apartado anterior, se entiende por:

a) Instalaciones de preparación, aquellas cuya finalidad sea la eliminación de elementos sin valor, y mediante operaciones de trituración, molienda, clasificación y estrío, obtener productos vendibles aptos para su posterior tratamiento o utilización directa.

Dentro de este apartado se incluyen también los talleres de labrado de sustancias minerales ornamentales al objeto de conseguir tamaños y formas apropiadas para su comercialización.

b) Plantas de concentración; son aquellas cuyo objeto es el de tratar de separar en el todo-uno la mena de la ganga, así como eliminar los elementos que puedan ser susceptibles de penalización en la comercialización o tratamiento posterior del producto.

Asimismo se considerarán como plantas de concentración aquellas en que, mediante procedimientos mecánicos o procesos metalúrgicos, se obtengan productos más apropiados para su tratamiento posterior, caso de que los procesos sean parciales.

c) Plantas de beneficio; son aquellas instalaciones cuya finalidad es la de someter los recursos procedentes de yacimientos naturales o no naturales, o los productos resultantes de las operaciones anteriores, al correspondiente tratamiento para la obtención o recuperación de los elementos o compuestos que sean útiles.

En este grupo quedan incluidas aquellas instalaciones que utilizando materias primas obtengan productos útiles para infraestructura e industrias de la construcción»”.

Dels preceptes anteriors, no toca extraure la interpretació d'acord amb la qual una planta de formigó preparat constitueix una planta de benefici dels recursos miners prèviament extrets, ja que la fabricació de formigó comporta un procés industrial de transformació dels recursos procedents del jaciment, per mitjà de la mescla amb altres substàncies com ciment i additius, per obtenir el producte elaborat.

La part recurrent, després d'admetre que la planta de formigó no s'incardinaria en el primer paràgraf de l'apartat c) de l'article 138,2n del RD 2857/78, sosté que s'integraria en el supòsit del segon paràgraf segons el qual “*en este grupo quedan incluidas aquellas instalaciones que utilizando materias primas obtengan productos útiles para infraestructura e industrias de la construcción*”, perquè ha d'entendre's que els productes útils per a la construcció a què es refereix el precepte ho són sense necessitat de sotmetre'ls a processos industrials o químics, com passa amb les plantes de formigó o d'aglomerat asfàltic.

Així, una planta de benefici de la qual obtinguin productes útils per a la construcció seria la que permet obtenir grava o peces de pedra o arenosa en dimensions i tallat aptes per a la construcció.

En aquest punt i per la seva claredat, no pot desconèixer-se la STS de 18 de setembre de 1997 analitzada per les parts i el contingut de la qual convé reproduir:

“SEPTIMO.- En cuarto lugar se alega que las plantas de hormigón son, por disposición normativa, establecimientos de beneficio de las canteras, y que por ello deben ser consideradas instalaciones de utilidad pública o interés social que deben emplazarse en el medio rural, autorizables, por lo tanto, al amparo del artículo 85-1-2ª del Texto Refundido de la Ley del Suelo EDL1992/15748 y del artículo 44-2 del Reglamento de Gestión Urbanística. Tampoco este argumento puede ser aceptado, por las siguientes razones:

1ª) Según el artículo 44-2-1-d) del Reglamento de Gestión Urbanística, es el propio solicitante quien tiene que justificar en la solicitud que lo solicitado son instalaciones de utilidad pública o social, lo que la entidad actora no hizo en su petición de fecha 23 de Febrero de 1987.

2ª) Una planta de fabricación u obtención de hormigón no puede ser considerada una planta de beneficio de un recurso minero, ya que la definición que de estos hace el artículo 138-2-c) del Reglamento General para el Régimen de la Minería de 25 de Agosto de 1978 no se corresponde con una planta de hormigón. Baste para ello constatar que tal precepto se refiere a la acción de someter «los recursos procedentes de yacimientos naturales o no naturales o los productos resultantes de las operaciones anteriores» (también referidas éstas a los propios productos mineros), «al correspondiente tratamiento para la obtención o recuperación de los elementos o compuestos que sean útiles». Pero ocurre que en el caso del hormigón no se trata sólo de someter a un tratamiento a los áridos, ni sólo de triturarlos, o molerlos, o clasificarlos, o estriarlos, sino de mezclarlos con un material nuevo como es el cemento, que no tiene nada que ver con los productos extraídos de la cantera.

3ª) Aunque así fuera, debe tenerse presente que los aprovechamientos de los recursos de la Sección A no se consideran de utilidad pública sino cuando han obtenido una declaración específica en tal sentido realizada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto (artículo 128 del Reglamento de 25 de Agosto de 1978), de forma que, en el presente caso, no ya la sedicente planta de beneficio sino si siquiera la explotación principal puede tener la consideración de instalación de utilidad pública o interés social”.

La part recurrent invoca que el criteri del TS no pot aplicar-se en aquest cas perquè es va adoptar en el si d'una discussió de caire urbanístic, relativa a si la instal·lació necessitava declaració d'utilitat pública o interès social per implantar-se en el medi

rural. S'al·lega que aquesta discussió és aliena al cas que ens ocupa en què el plet es limita a autorització minera.

Prenent com a vàlid aquest argument de la part recurrent, el problema és que fins i tot des d'una perspectiva aliena a la urbanística, arribem a la mateixa conclusió, perquè la idea és que l'autorització d'una explotació minera ho és per a les actuacions d'extracció i tractament dels recursos miners, però sense que a l'empara d'una definició imprecisa del concepte "d'establiment de benefici" es pugui entendre com a autoritzades les indústries derivades.

Per la mateixa raó que la part recurrent considera compresa una planta de fabricació de formigó, podria entendre's inclosa la de fabricació d'asfalt i també la de fabricació de ceràmica (tan sols aplicant calor a la matèria extreta) i d'aquí a totes les que fabriquen productes útils per a la infraestructura i les indústries de la construcció.

El component mediambiental adquireix una importància més gran en la intervenció administrativa, la qual cosa obliga que els dubtes interpretatius es resolguin en el sentit més restrictiu per evitar que, a l'empara d'un concepte jurídic no prou definit, tinguin entrada activitats industrials que tenen autonomia pròpia i no són simplement accessòries o secundàries de l'explotació minera per a la qual es va concedir autorització.

Finalment, no deixa de ser sorprenent que en el projecte per al qual se sol·licita autorització, en cap moment aparegui l'expressió "planta de formigó" ni en els plànols ni en la descripció de l'objecte del projecte. En tot cas es parla "d'extracció, trituració, classificació, mescla i elaboració d'àrids calcaris", cosa que es pot realitzar sense necessitat de fabricar formigó.

Per aquesta indefinició va caldre l'escrit d'aclariment davant de la Direcció General d'Indústria i, sens dubte, per aquesta raó, l'Ajuntament de Felanitx, que va atorgar llicència d'instal·lació al mateix projecte mitjançant el Decret de 17 d'abril de 2007, ara certifiqui davant d'aquesta Sala que *"no se ha otorgado por parte del Gobierno Municipal ninguna licencia de instalación ni apertura y funcionamiento a la entidad mercantil «Árids i Serveis Gravera Can Alou, SL», para una planta de hormigón preparado en la cantera Can Centes"*.

Lògic, perquè en el projecte es disfressava amb un inconcret “establiment de benefici” referit a “tractament o mescla d'àrids” però no a planta de fabricació de formigó preparat.

A la vista de les reflexions introduïdes per la sentència, es conclou que el recurs es desestima.

3. Miscel·lània: potestat sancionadora, antenes de telefonia i obres en zona de servitud de costes

3.1. La Sentència del TSJIB número 84/2011, d'11 de febrer de 2011 (Id. Cendoj: 07040330012011100094) (número de recurs: 287/2010)

L'Acord dictat el 20 de setembre de 2007 pel Consorci per la Protecció de la Legalitat Urbanística en Sol Rústic de l'Illa de Menorca constitueix l'objecte del recurs, entitat que va desestimar el recurs de reposició que es va formular enfront de la Resolució de 15 de febrer de 2007, en l'expedient sancionador núm. xxx , en la qual es va imposar a la Sra. xxx i el Sr. xxx una sanció de multa de 44.708,25 euros, per haver realitzat obres a la parcel·la xxx del polígon xxx del cadastre rústic, al terme municipal d'Alaior (Menorca). La discussió de fons se situa en la falta de potestat sancionadora del Consorci, cosa que destrueix el Tribunal.

Així, la sentència diu:

“CUARTO. Entrando en el análisis del primer motivo de impugnación esgrimido contra la sentencia de instancia, para determinar si el Consorcio demandado tiene potestad sancionadora en materia de disciplina urbanística, hemos de partir del artículo 25.1 de la Constitución, el cual señala que «nadie puede ser condenado v sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento». Este precepto encierra, según ha declarado el Tribunal Constitucional, una doble garantía, la primera de carácter material (o principio de tipicidad) la conducta ilícita y su correspondiente sanción debe estar predeterminada, con suficiente grado de certeza, en una Ley; la segunda de carácter formal: la Administración, para poder sancionar, ha de tener esta potestad atribuida de forma expresa a través de una Ley formal estatal o autonómica (principio de legalidad).

En consonancia con el transcrito precepto constitucional, el artículo 127.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC, modificada en este apartado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre) indica que «La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local» Véanse arts. 25.1 CE y 139 a 141 LRBRL art.139 EDL 1985/8184 art.140 EDL 1985/8184 art.141 EDL 1985/8184.

Y el artículo 127.2 establece que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal y reglamentario, habiendo desaparecido, tras la Ley 4/1999, de 13 de enero, la expresión «sin que pueda delegarse en órgano distinto».

Por consiguiente, no resulta aplicable la redacción del precepto propugnada por la parte demandante, siendo delegable la competencia del órgano que tiene encomendado el ejercicio de la potestad sancionadora correspondiente a la Administración Pública que se trate”.

La Sentència realitza una extensa anàlisi legal i jurisprudencial i sobre la naturalesa jurídica dels consorcis, i conclou que el Consorci per la Protecció de la Legalitat Urbanística en Sol Rústic de l’Illa de Menorca té plena potestat sancionadora en compliment dels fins que se’ls han assignat.

“SEXTO. Por lo que concierne a la regulación de los Consorcios, y como correlato a su posible configuración como entidad local de constitución voluntaria dentro del elenco de figuras consignadas en el artículo 3 LBRL, el artículo 6.5 LPAC los incluye como fórmula de colaboración interadministrativa:

«Cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil.

Los estatutos del consorcio determinarán los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero»”.

Com es desprèn de la lectura conjunta dels preceptes que conté la legislació bàsica estatal en matèria local (LBRL i TRLRL), la qual preveu el “nucli material de l’interès general”, d’una banda, i la normativa autonòmica de desenvolupament, que desplega aquestes bases i les adapta “a l’interès respectiu” de la Comunitat Autònoma dels Illes Balears, resulta que les lleis de l’Estat, d’acord amb la Constitució, permeten que la legislació autonòmica configuri ens locals diferents dels municipis, províncies i illes (inframunicipals o supramunicipals), igual que regula els consorcis com a fórmules de cooperació entre administracions públiques.

“SÉPTIMO. El artículo 21 de la Ley Balear de Disciplina Urbanística (LDU) establece que el control de la legalidad urbanística y la función inspectora será desarrollada por los Ayuntamientos y los Consells Insulars, en el ámbito de sus respectivas competencias, y en el apartado segundo prevé que «Asimismo, el control de la legalidad urbanística y coadyuvar a la función inspectora podrá desarrollarse por entidades creadas por acuerdo entre las administraciones de ámbito local, insular o autonómico.» El artículo 35 señala a los Alcaldes y a los Consells Insulars como autoridades competentes para iniciar, tramitar e imponer las sanciones, sin perjuicio de que la competencia se atribuya a entidades creadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 21.2 de esta Ley”.

El Consorci codemandat, en el moment que es va fundar, estava integrat pel Consell Insular de Menorca i els ajuntaments de Maó, Es Castell, Alaior, Sant Lluís, Es Migjorn Gran i Es Mercadal. Posteriorment va haver-hi més adhesions de corporacions municipals.

Doncs bé, pel que fa a les regles constitutives del Consorci, en els articles 1 i 2 dels Estatuts (publicats al BOIB núm. 78, de 21 de maig de 2005) es configura com una entitat pública instrumental, de caràcter associatiu i voluntari, destinat a assolir les finalitats inherents al seu objecte d’interès públic comú de les diferents administracions públiques que l’integren, que té personalitat jurídica pròpia i diferenciada, i, en l’àmbit de les seves competències, té plena capacitat jurídica per adquirir, posseir, permutar, gravar o alienar qualsevol mena de béns i drets, contraure obligacions i exercir qualsevol tipus d’accions civils, administratives i penals, remetent-se als articles 57 LBRL, 110 del Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, aprovat pel Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d’abril (TRLRL) i 21, 35 i 39 LDU.

Quant al seu objecte, l'article 4 dels Estatuts disposa que queda circumscrit al desenvolupament de totes les actuacions jurídiques i materials que exigeix el correcte exercici de les diferents competències que la legislació vigent, i de manera específica la Llei 10/1990, atribueix a les administracions associades en matèria de disciplina urbanística i, entre les quals, hi ha les següents:

“- La realización de la actividad inspectora, dirigida a vigilar y controlar la adecuación a la legalidad urbanística de todas las actuaciones de los administrados de uso y aprovechamiento del suelo, que dará lugar si se tercia al levantamiento de las correspondientes actas en las que queden reflejados los hechos que puedan resultar constitutivos de infracción urbanística.

- La incoación, tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores que se deban seguir contra las personas responsables de la comisión de infracciones urbanísticas”.

En la norma fundacional, es qualifica el Consorci com una entitat pública instrumental, de caràcter associatiu i voluntari, de forma correlativa a la definició prevista en l'article 57 LBRL, però en l'article 4 se'l dota d'una potestat administrativa verdadera, la sancionadora, consistent en, principalment, la resolució de procediments sancionadors, àmbit de poder, el qual pertany a les administracions públiques, segons l'article 4 LBRL, havent de tenir en compte que, d'acord amb l'esmentat cos legal i els seus propis Estatuts, aquest Consorci no és —ni pot ser— una entitat local, sinó que respon a una personificació pública interadministrativa destinada a la gestió de serveis, obres i activitats d'interès general, però sense que aquest àmbit d'actuació es pugui identificar amb “potestats públiques”.

Així la Sentència conclou que *“[p]or todos los argumentos expuestos, se deben rechazar las alegaciones formuladas por la parte actora acerca de la incompetencia del Consorcio demandado para imponer sanciones en materia de legalidad o disciplina urbanística, ya que se trata de una entidad pública administrativa, dotada legalmente de la potestad sancionadora. El recurso de apelación debe desestimarse”.*

3.2. *La Sentència del TSJIB número 1130/2010, de 21 de desembre de 2010 (Id. Cendoj: 07040330012010101096) (número de recurs: 87/2010)*

L'objecte del recurs el constitueixen tres resolucions municipals —de l'Ajuntament de Consell (Mallorca)— per les quals es confirmaven l'ordre de suspensió d'obres i la denegació de llicència d'obres i de llicència d'instal·lació d'antenes de telefonia de l'empresa Vodafone.

En el seu moment s'havia desestimat íntegrament el recurs contenciós administratiu interposat per Vodafone SA contra el Decret d'alcaldia de l'Ajuntament de Consell de 3 de juliol de 2007 núm. 091, que desestimava el recurs de reposició presentat enfront de l'Acord de la Junta de Govern local de 26 d'abril de 2007, que denegava la llicència d'obres de l'estació base de telefonia mòbil a la plaça de Son Bernadet núm. 1 de Consell, el Decret d'alcaldia de l'Ajuntament de Consell de 3 de juliol de 2007 núm. 092, que desestimava el recurs de reposició presentat enfront de l'Acord de la Junta de Govern local de 26 d'abril de 2007, que denegava la llicència d'instal·lació de nous quadres de comandament de l'estació base de telefonia mòbil a la plaça de Son Bernadet núm. 1 de Consell i la Resolució de 30 d'abril de 2007, per la qual es desestima el recurs de reposició interposat enfront de l'ordre de suspensió de les obres acordada en el Decret d'alcaldia 17/2007 de 6 de març.

La STJIB justifica la desestimació del recurs amb els arguments següents:

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

PRIMERO. La aquí apelante, Vodafone España, Sociedad Anónima Unipersonal, se opuso a las decisiones municipales señaladas en el encabezamiento de la sentencia y promovió recurso contencioso que se ha seguido en el Juzgado número 3 y que ha terminado en primera instancia por sentencia que lo desestima, en resumen, por cuanto las obras e instalación en cuestión, relativas a telefonía móvil, se pretendían realizar en un edificio fuera de ordenación.

Pues bien, en la apelación se aduce tanto que el Plan General de Consell no constaba que se hubiera respetado lo previsto en su día por el artículo 44.3. de la Ley 11/98 —informe vinculante de la Administración General del Estado— como que las obras e instalación en cuestión eran compatibles con aquel y con los edificios fuera de ordenación ya que se trataba de estación base, que consiste en antenas, equipos electrónicos y soportes, todo ello desmontable.

SEGUNDO. Las resoluciones administrativas combatidas conciernen no solo a instalación sino también a obras.

Con el punto de partida de la Ley 11/98, como si se parte de la que le seguiría, esto es, de la Ley 32/03, ha de aceptarse que las normas urbanísticas deben regular la implantación del servicio público de que aquí se trata, esto es, de la telefonía móvil.

Pues bien, adaptada o no la norma urbanística a las necesidades de las infraestructuras de telecomunicaciones, si lo estuviera, a ello debería estarse; y, de no estarlo, como era el caso, la obra e instalación pretendida, en principio, podía ser llevada a cabo en cualquier punto de Consell, pero no en el edificio sito en plaza de Son Bernadet, número 1.

En efecto, ese edificio supera los parámetros de edificabilidad previstos en las normas Subsidiarias del municipio, en concreto el número de plantas. De ahí resulta un exceso de altura y, en lo más sustancial, que dicho edificio se encuentra en la situación de fuera de ordenación, lo que supone que se encuentra sujeto a lo establecido en la Ley de la Comunidad Autónoma 8/88, es decir, que en el mismo no cabe obra o instalación cualquiera sino las pequeñas reparaciones que exigiera la higiene de quienes allí residieran”.

En realitat, els motius subjacents per a la denegació radicaven en l'oposició a la instal·lació de l'antena per motius ambientals i de salut —arguments esgrimits per alguns veïns— però la situació de fora d'ordenació impedeix la instal·lació, la qual cosa assenta un precedent jurisprudencial interessant, atès que no poques vegades aquest tipus d'instal·lacions s'han autoritzat sense preveure com a incompatible la situació urbanística disconforme amb l'ordenació vigent.

3.3. La Sentència del TSJIB número 1090/2010, de 9 de desembre de 2010 (Id. Cendoj: 07040330012010101041) (número de recurs: 528/2008)

En aquest cas, l'objecte del recurs és la Resolució del Conseller de Medi Ambient del Govern dels Illes Balears de data 18 d'abril de 2007, per mitjà de la qual es desestima el recurs d'alçada interposat per la Sra. xxx contra la Resolució del director general de Qualitat Ambiental i Litoral de data 6 de juny de 2006, per mitjà de la qual s'autoritza la rehabilitació interior de l'habitatge situat a S'Aigua Blanca (t.m. Santa Eulària), que

afecta la zona de servitud de protecció de la llei de costes, i es denega la legalització de les obres consistents a construir un porxo annex al garatge i la cambra tècnica.

La denegació de la legalització obeeix que la Conselleria considera que és obra de nova planta, situada en zona de servitud de protecció de costes i que no té l'autorització pertinent. L'Administració considera que no pot concedir la legalització perquè és una obra il·legalitzable, ja que se situa en sòl rústic afectat per l'APT de Costes i el Pla Territorial d'Eivissa impedeix construir en aquesta zona. La impossibilitat d'obtenir l'autorització urbanística per aquest motiu determina la impossibilitat de concedir l'autorització per part de l'Administració responsable de la servitud de protecció de costes (art. 48,3r del Reglament d'execució de la llei de costes).

No obstant això, si bé la Resolució inicial del director general de Qualitat Ambiental i Litoral de data 19 de gener de 2006 va acordar expressament que es demolís, la posterior Resolució de 6 de juny de 2006 del mateix director general, va acordar expressament “deixar sense efecte la resolució de la Direcció General de Qualitat Ambiental i Litoral de data 19 de gener de 2006” i, el que és més important, la nova resolució substitutòria (la de 6 de juny de 2006) si bé denega la legalització del porxo i la construcció de la cambra tècnica, ja no acorda demolir les obres, per la qual cosa la discussió relativa a la prescripció o no de la infracció és una qüestió que s'ha de dilucidar en l'expedient sancionador i irrellevant en aquest recurs des del moment que la resolució recorreguda aquí no acorda expressament demolir l'obra. Únicament acorda denegar la legalització, i aquesta decisió ja hem dit que és d'acord amb dret.

Aquest últim argument del TSJIB és discutible atès que les obres, com que no són legalitzables poden —i han de— ser demolides amb independència de la prescripció de la infracció i la possibilitat de sancionar. Les obres il·legalitzables en zona de servitud de protecció de costes no prescriuen com s'ha determinat en la nombrosa jurisprudència anterior. El Tribunal eludeix aquí el pronunciament, ja que afirma que “*la discusión relativa a la prescripción o no de la infracción es cuestión a dilucidar en el expediente sancionador e irrelevante en el presente recurso desde el momento en que la resolución aquí recurrida no acuerda expresamente su demolición*”.