

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN ILLES BALEARS
(SEGUNDO SEMESTRE 2019)

JOSEP MANUEL GÓMEZ GONZÁLEZ
Jefe del Servicio Jurídico de Ordenación del Territorio
Departamento de Territorio. Consejo Insular de Mallorca
jmgomez@conselldemallorca.net

Sumario: 1. Introducción. 2. Jurisprudencia en materia de protección de la costa. 2.1. Infracción por ocupación indebida del dominio público de la playa en el marco de autorizaciones de servicios de temporada: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 274/2019, de 6 de junio (ID. Cendoj 07040330012019100268) y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 370/2019, de 5 de septiembre (ID. Cendoj 07040330012019100366). 2.2. Infracción por construcción dentro del dominio público costero: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 300/2019, de 14 de junio (ID. Cendoj 07040330012019100302). 3. Infracción urbanística i protección del patrimonio y del paisaje: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 431/2019, de 24 de septiembre (ID. Cendoj 07040330012019100429). 4. Protección del territorio y responsabilidad patrimonial: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 280/2019, de 11 de junio (ID. Cendoj 07040330012019100321).

1. INTRODUCCIÓN

Analizamos este semestre cinco sentencias sobre diferentes aspectos de la protección ambiental, paisajística y territorial, de distinto signo y complejidad que no pasan del enjuiciamiento de la actividad administrativa de control del dominio público de costas, de la protección ambiental, territorial y patrimonial de una zona emblemática y de la responsabilidad patrimonial del estado legislador ante la adopción de medidas de protección territorial y de desarrollo sostenible.

Resumidamente examinaremos dos sentencias sobre sendas infracciones por ocupación indebida del dominio público de la playa en el marco de autorizaciones de servicios de temporada (STSJIB núm. 274/2019, de 6 de junio y núm. 370/2019, de 5 de septiembre); una sentencia que resuelve una infracción por construcción dentro del dominio público costero (STSJIB núm. 300/2019, de 14 de junio); una sentencia relativa a una infracción urbanística que afectaba suelo de especial protección, así como un elemento patrimonial y al paisaje (STSJIB núm. 431/2019, de 24 de septiembre); y una última sobre las posibles consecuencias en materia de responsabilidad patrimonial derivada de actos legislativos singulares (STSJIB núm. 280/2019, de 11 de junio).

2. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA COSTA

2.1. Infracción por ocupación indebida del dominio público de la playa en el marco de autorizaciones de servicios de temporada: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 274/2019, de 6 de junio (ID. Cendoj 07040330012019100268) y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 370/2019, de 5 de septiembre (ID. Cendoj 07040330012019100366).

Este semestre hemos seleccionado, para este apartado, tres sentencias relacionadas con la ocupación del dominio público de costas en un contexto en el que esta ocupación (autorizada o no) se convierte en un negocio muy lucrativo derivado de la explotación de los recursos turísticos. En el entorno insular las playas suelen sufrir a menudo sobreocupaciones de los servicios de temporada, con excesos que comprometen la ordenación del litoral y la garantía del uso por parte de la ciudadanía en unas condiciones aceptables. Por todo ello nos parece interesante abordar estos tres ejemplos, empezando por el primer caso resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 274/2019, de 6 de junio.

Esta sentencia trata de la sanción impuesta a la empresa IBIFOR, SA, una entidad mercantil de propiedad influyente y gran peso económico en Ibiza, mediante la resolución adoptada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de 19 de septiembre de 2016 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de fecha 24 de julio de 2013 dictada en el Procedimiento Sancionador número IB-05/11/12. La sanción se origina en una denuncia formalizada el 21 de agosto de 2012 en la que el Servicio de Inspección de Costas detecta que se estaban explotando ilegalmente una cantidad que casi dobla el número de hamacas y sombrillas autorizadas en zonas de dominio público marítimo terrestre en el tramo de costa denominado Es Cavallet en el TM de Sant Josep de Sa Talaia. El acta de denuncia demuestra que la empresa explotadora tenía colocado más mobiliario del permitido y autorizado por la Administración. En concreto había 71 hamacas y 35 sombrillas no autorizadas, así como 14 *lounge beds* con tres colchonetas no autorizadas. La denuncia se documenta

con fotografías de esas zonas de playa, en la que se detalla el mobiliario excedente en cada una de ellas.

A todo ello la parte denunciada presentó alegaciones solicitando la nulidad absoluta del acuerdo de inicio de expediente sancionador por falta de motivación, porque no se determina con claridad y precisión el lugar en el que supuestamente se ha cometido la infracción ya que la playa tiene varios kilómetros de longitud y en ella hay tres kioscos diferentes. Por falta de legitimación pasiva de IBIFOR, SA ya que no es ella la infractora dado que concertó sendos contratos de arrendamiento con terceros.

Igualmente, la recurrente negaba el exceso de hamacas y sombrillas que el servicio de inspección había declarado, y en cualquier caso este posible exceso solamente alcanzaría a 24 hamacas, 12 sombrillas y 3 hamacas dobles sobre el total concedido y autorizado. A su vez, indica que los arrendatarios no reconocen este supuesto exceso ya que Demarcación de Costas incluyó en sus cálculos incluso las que se encontraban depositadas en un almacén de uno de los kioscos y que se utilizaban para reemplazar las que se deterioraban o ensuciaban por el uso cotidiano. Como elemento de descargo, la recurrente aportó un Convenio suscrito con el Ayuntamiento de Sant Josep para la explotación de las autorizaciones temporales fechado a 11 de Junio de 2012, ya que la Demarcación de Costas había concedido al mencionado Ayuntamiento para el año 2012 autorización para instalar en la Playa des Cavallet 270 hamacas y 135 sombrillas y 10 hamacas dobles. El Convenio facilitaba a la parte poder aumentar un 10% el número de instalaciones concedidas.

En la propuesta de resolución sancionadora de fecha 11 de junio de 2013 la Instructora señala que es cierto que el 13 de marzo de 2012 Demarcación de Costas otorgó al Ayuntamiento de Sant Josep autorización para la ocupación de dominio público marítimo terrestre por sí mismo o bien por tercero de acuerdo con los planos establecidos en esa Demarcación y sujeta al cumplimiento de las condiciones afectando estas tanto al Ayuntamiento como a tercero.

Igualmente consta que estaban perfectamente identificados los tramos de la playa donde se detectaron las infracciones denunciadas. Por otra parte aunque valora la documental aportada por la hoy recurrente y la examina y razona, la propuesta de resolución señala que, en relación al Convenio aportado con el Ayuntamiento en el que se le autorizaba a aumentar un 10% las instalaciones, ese argumento no era oponible frente a Demarcación de Costas, pues era un convenio vinculante entre las dos partes firmantes.

También expone que la Demarcación autorizó al Ayuntamiento un número de hamacas y sombrillas y camas perfectamente detallado en la autorización concedida, y que se comprobó que el exceso de más de mobiliario no autorizado no fue retirado por completo, como lo acreditan las inspecciones realizadas en septiembre y en octubre con el resultado que ofrecen.

Por otra parte, en las actas de denuncia estuvo presente un representante de la empresa IBIFOR, SA, como lo demuestra la firma obrante en la misma, considerando que es esa empresa la que tiene la condición de tercer adjudicatario y por lo tanto legitimación pasiva. Y en cuanto a la prueba solicitada la Instructora considera innecesaria la documental solicitada consistente en que se librara oficio al Ayuntamiento de Sant Josep dando respuesta detallada y cumplida del porque en relación a los puntos solicitados por la interesada.

En la demanda interpuesta, la recurrente solicita la nulidad del expediente en base a los siguientes argumentos:

- a) Caducidad del expediente y prescripción de la falta al haber tardado la Administración tres años en resolverse
- b) Indefensión efectiva en la tramitación administrativa al amparo del artículo 47-1 de la ley 39/2015 al habérsele denegado prueba
- c) Falta de motivación en el acto impugnado y no acreditación del lugar de los hechos, de la duración de la infracción y de la entidad de la misma.

Evidentemente, la Abogacía del Estado se opuso a esos argumentos y solicitó la desestimación del recurso contencioso.

La sentencia argumenta que, en relación a la caducidad del expediente y prescripción de la infracción impuesta, no se dan ninguna de esas circunstancias, dado que el expediente se inició, trató, resolvió y notificó la resolución sancionadora, dentro del plazo legal de un año de que disponía la Administración, pues iniciado el expediente por Resolución de 7 de septiembre de 2012 se notificó a la parte la resolución sancionadora el 29 de julio de 2013.

En cuanto a la prescripción de la infracción por haber tardado la Administración 3 años en resolver la alzada, el tribunal opina que no opera esa figura de conformidad con el artículo 92-1 de la ley de Costas ya que la prescripción de la infracción se predica solamente del procedimiento sancionador, pero en ningún caso cuando el expediente está en fase de revisión de la sanción ya impuesta y dictada. Ello es así porque la parte puede entender desestimado por la ficción legal del silencio su recurso, si, transcurrido el plazo de tres meses de que dispone la Administración para resolver la alzada, no ha dictado resolución expresa al efecto, quedando cubierto el derecho a la tutela judicial efectiva.

La alegación de la indefensión que realiza IBIFOR, SA, también es desestimada por falta de fundamentos en el fundamento TERCERO, donde se señala:

«TERCERO: En cuanto a la indefensión material que la parte denuncia y los defectos en la tramitación que considera son susceptibles de nulidad radical del artículo 47 de la ley 39/2015.

Dada la fecha de los hechos y de inicio de las actuaciones, así como de interposición de la alzada, de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera a) de la ley 39/2015, es aplicable al caso la ley 30/1992.

La presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté

obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

El administrado tiene el derecho de defensa y ello supone practicar la prueba que considere conveniente para sus intereses, de forma que, la denegación de esta prueba, cuando es indebida, constituye un vicio relevante en el procedimiento por causarle indefensión material efectiva (por todas sentencias del TC 131/2003, 45/2000 y 219/1998).

En efecto, no toda denegación de práctica de prueba en el seno del expediente administrativo es constitutiva de indefensión material, sino sólo aquella que, o bien no está motivada, o bien, con su práctica hubiera podido aportar datos que justificaran una decisión distinta de la que se produjo.

La Administración razonó la denegación de prueba tanto en la propuesta de resolución, como en la resolución sancionadora y hasta en la resolución de la alzada. Por lo tanto por esta vía no existe tal defecto.»

El giro en la sentencia opera a partir del siguiente razonamiento de la misma relacionado con la efectiva indefensión causada, lo que resulta extremadamente relevante dado el resultado que causa. Así, sigue diciendo la sentencia en este fundamento TERCERO que si analizamos la cuestión desde la otra perspectiva o sea, la imposibilidad de haber podido la parte aportar datos al seno del expediente sancionador que hubieran podido arrojar un resultado distinto, el resultado cambia. Y es que aprecia el tribunal que la parte solicitó practicar en el expediente prueba documental y testifical. Respecto a la prueba documental consistente en que se informara por el Ayuntamiento de Sant Josep respecto al contrato suscrito entre la actora y esa Corporación y la posibilidad de aumentar en un 10% las instalaciones que podía colocar en el dominio público, la Instructora la denegó sobre la base de que la autorización que concedió Costas al Ayuntamiento respecto al número de instalaciones que autorizó, vinculaba a ese Consistorio y a cualquier tercero por él autorizado. De forma que la afirmación de la parte de poder aumentar en un 10% las instalaciones no fijas con arreglo al convenio suscrito entre el Ayuntamiento y la recurrente, no era cuestión que afectara y vinculara a la Administración General del Estado, que no había suscrito tal convenio. Es por ello que cuantos

extremos se pedían al respecto en dicha documental, todos ellos tendentes a poder demostrar que sí podían ampliarse esas instalaciones, al fin resultaban impertinentes e innecesarios para el debate, porque ese contrato no le era oponible a la Administración General del Estado.

Entendemos que este razonamiento es correcto y debidamente motivado, lo que no impide al Tribunal continuar por esta vía para llegar a la conclusión siguiente:

«[...] Pero no ocurre igual en relación a la prueba testifical solicitada. En efecto la recurrente solicitó testifical para que " los trabajadores de los diferentes kioscos acreditaran testificalmente que procedieron de inmediato a la corrección de los hechos denunciados eliminando las pocas hamacas y parasesoles excedidos que en ningún caso coinciden con la imputación de Acuerdo de inicio. De tal forma que al día siguiente el número total de hamacas y parasesoles respetaba estrictamente las que incluía el acuerdo concesional". Esa prueba sin duda es útil para su derecho de defensa y para la determinación de su responsabilidad en las consecuencias sancionadoras del incumplimiento detectado en el boletín de denuncia. Impedirle practicar prueba sobre ese particular, e impedirle aportar datos que pudieren arrojar luz a esos efectos, causa a la hoy recurrente indefensión efectiva y material, con vicio de nulidad radical del artículo 62-1 a) de la Ley 30/1992.

La Administración la denegó argumentando que resultaba innecesaria ya que obraban en el expediente dos informes emitidos por la Administración en fechas 8 y 9 de octubre de 2012 y por lo tanto posteriores a la petición de prueba de la recurrente, en los que se detallaban los elementos colocados en el dominio público esos dos días. Y con ese resultado la Instructora consideraba innecesaria esa prueba porque se constataba el incumplimiento que la parte negaba. La Sala no concuerda ese argumento. Con independencia de la información aportada por esas Actas, no por ello podía la Instructora impedir o ignorar el derecho de la parte a defenderse de la acusación en su contra formulada. Su derecho de defensa debía respetarse, lo que se traduce en la posibilidad de que aquella pudiera demostrar su tesis, aportando datos de trascendencia al expediente sancionador seguido en su contra. De haberlo hecho, y de haberse practicado esa prueba, entonces la Instructora hubiera tenido que valorar

sus resultados y los datos aportados. Pero lo que no podía hacer era considerar que los datos obrantes en el expediente, ya eran suficientes y bastantes para la prueba de cargo contra la recurrente y privarle de su derecho de su defensa, impidiéndole practicar prueba que también resultaba trascendente en el debate.

La imposibilidad de desplegar dicha actividad probatoria, con incidencia notabilísima sobre el derecho de presunción de inocencia de ésta, causó a la hoy recurrente efectiva indefensión. Con el proceder seguido, la Administración solamente valoró y tuvo en cuenta en el expediente los datos que ella misma aportó, impidiendo a la parte su derecho a contrarrestarlos y a defenderse.

Llegados a este punto estimamos el recurso y declaramos la nulidad del acto administrativo impugnado de conformidad con el artículo 62-1 a) de la Ley 30/1992, aplicable *more temporis*.

La estimación de ese argumento exime de continuar con el análisis del resto de argumentaciones vertidas en el debate.

Todo ello conduce al Tribunal a estimar el recurso contencioso y a declarar disconforme a derecho y nulo el acto administrativo impugnado. Con lo que exime de responsabilidad a la recurrente IBIFOR, SA, a pesar que la infracción había quedado sobradamente demostrada dentro de lo que es una práctica habitual y reiterada en nuestras costas.

El caso que se deriva de la sentencia número 370/2019 de 5 de septiembre de 2019 (PO 091/2017), en el que la demandante también es la mercantil IBIFOR, SA, ha recibido idéntico trato y signo en su resolución, acogiéndose a los mismos argumentos del antecedente antes expuesto.

2.2. Infracción por construcción dentro del dominio público costero: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 300/2019, de 14 de junio (ID. Cendoj 07040330012019100302).

En este segundo caso, la sanción impuesta es ratificada por el tribunal que no aprecia ningún fallo en la tramitación del correspondiente expediente administrativo que concluye con una imposición de una sanción de 3.135 euros, aunque la entidad sancionada intentó acreditar la prescripción de las posibles infracciones cometidas y la inexistencia de conducta dolosa.

En efecto, la entidad recurrente interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución que confirma otra anterior de la Demarcación de Costas en Illes Balears, por la que se le impone la sanción mencionada con obligación de restitución de los terrenos a su primitivo estado. Todo ello como consecuencia de una denuncia del Servicio de Vigilancia de Costas, de día 16 de junio de 2014, en la que se constata que el denunciado había procedido a la instalación de cubierta con estructura de vigas de madera y cañizo de 114 m², sin autorización y en dominio público marítimo terrestre y servidumbre de tránsito, entre los hitos 670-671, en un tramo de costa denominado Cala Molí, del término municipal de Sant Josep de Eivissa. La Demarcación de Costas considera que procede imponer la sanción por infracción de los artículos 90.2 e) y 90.2.g) de la Ley de Costas.

La demandada pretendió la anulación de la sanción en base a los siguientes argumentos: La instalación de la cubierta sobre el kiosco de referencia fue debidamente autorizada por la Administración pública en el año 1967; la cubierta del kiosco ya se instaló antes del año 1.988, lo que se acreditó mediante la fotografía aérea; no se puede considerar instalación de cubierta lo que es una simple reparación del cañizo preexistente que estaba roto y deteriorado por efecto del viento. La actuación sancionada se limitó al saneamiento y acondicionamiento general intentando reforzar elementos de soporte con sustitución de los preexistentes (de hierro) por otros que no se corroen por la exposición a la brisa marina, como es la madera tratada, y más acorde con el entorno paisajístico del lugar. Igualmente se procedió a la colocación de nuevo cañizo en sustitución del preexistente, totalmente roto y deteriorado. La recurrente alega que faltaría el requisito de dolo en la actuación supuestamente infractora.

A pesar de lo alegado en el pleito queda probado que la indicada licencia de obras de 1967 es una licencia de obras municipal, que no incorpora la preceptiva autorización de Costas. Autorización sectorial necesaria por enclavarse la instalación en el dominio público marítimo terrestre y, en parte, en la zona de servidumbre de tránsito. En consecuencia, la licencia municipal constituye autorización insuficiente al faltar aquella por la que se le sanciona.

Po otra parte, aunque se demuestre la supuesta instalación de la cubierta, antes de la entrada en vigor de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, ello no elude lo indicado en la Disposición Transitoria Cuarta de la misma, conforme a la cual: «Las obras e instalaciones construidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, sin la autorización o concesión exigible con arreglo a la legislación de costas entonces vigente, serán demolidas cuando no proceda su legalización por razones de interés público».

Es decir, a falta de concesión o autorización para instalaciones sobre el dominio público que eran igualmente necesarias con la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 -y que no aporta la recurrente- no cabe sino la legalización o demolición. Ninguna de las dos actuaciones se realizó.

En cuanto a la pretensión de que los trabajos realizados solamente implicaron una simple reparación, incluso aunque se tratase de mera reposición, ello lo sería con respecto a una instalación para la que no consta previa autorización de Costas, lo verdaderamente relevante aquí es que dicha reposición, por consistir en una sustitución completa de los elementos estructurales portantes (pilares y vigas) precisaba de autorización de la Demarcación de Costas, como si de una nueva instalación se tratase.

Con relación a la falta de dolo invocada, en realidad la entidad recurrente debía saber que la estructura se encuentra en zona de dominio público y, en parte, en zona de servidumbre de tránsito, lo que le obligaba a solicitar las autorizaciones administrativas pertinentes para ejecutar obras o instalaciones en las mismas. El desconocimiento que se invoca no exime de responsabilidad.

Todo ello conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la resolución que acuerda la sanción y la demolición del cobertizo en dominio público y zona de servidumbre de costas.

3. INFRACCIÓN URBANÍSTICA I PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO Y EL PAISAJE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES NÚMERO 431/2019, DE 24 DE SEPTIEMBRE (ID. CENDOJ 07040330012019100429).

La construcción de una piscina en suelo rústico protegido asociada a una vivienda ubicada en un edificio protegido bajo la figura de Bien de Interés Cultural (BIC), pone a prueba el sistema de control sobre construcciones y edificaciones en lugares sometidos a una triple protección: la ambiental (el paraje natural de la Sierra de Tramuntana en Mallorca); la patrimonial (con la declaración de BIC de partes de la misma Sierra y de algunos elementos históricos enclavados en la misma); y la paisajística (dado que hoy la Sierra es Patrimonio Mundial de UNESCO y había sido declarada en su día paraje pintoresco).

En segundo lugar la sentencia pone de manifiesto el irregular funcionamiento de los mecanismos de control municipales en lo relativo a la concesión de licencias de construcción y a la disciplina urbanística (con o sin connivencia con el particular denunciado). Igualmente aflora una mala praxis profesional al encubrir un presunto cambio de uso de alberca a piscina cuando en ningún momento se acredita ni prueba la preexistencia de dicha alberca.

Concretando las circunstancias del caso comprobamos que se trata de la construcción de una piscina adyacente a un edificio que se encuentra en suelo urbano, al parecer por consolidación, y que desde la Ley CAIB 6/1985 tenía la consideración de Bien de Interés Cultural. Por su parte, el terreno en el que en 1997 se construyó la piscina sin licencia es suelo rústico de especial protección, calificado de Área Rural de Interés Paisajístico.

Ante una serie de denuncias, se procedió a un intento de legalización ante el Ayuntamiento de Deià. En el transcurso del expediente se remitió el mismo a la Comisión Insular de Patrimonio Histórico del Consell Insular de Mallorca para su informe i autorización. El 24/07/2014 la Jefa de Sección de Arquitectura del Servicio de Patrimonio Histórico emitió informe desfavorable, destacando que no constaba la previa existencia de la alberca, lo que abonaba que se trataría de un expediente de legalización de una obra nueva consistente en la

construcción de la piscina donde antes no existía construcción alguna. Mediante acuerdo de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, adoptado en sesión celebrada el 18/11/2014, se denegó el proyecto de legalización pretendido por el apelado, que recurrió contra este acuerdo y que luego interpuso recurso en la vía contenciosa ante el Juzgado correspondiente.

A lo largo del pleito el apelado intenta minimizar la actuación que deriva en la construcción de la piscina y defiende que se trata de un simple cambio de uso sin mayor trascendencia como podemos leer en el relato extenso del fundamento segundo de la sentencia:

«SEGUNDO: El Sr. Leopoldo trata de restar importancia a que en 2014 solicitase la legalización de la obra nueva, para lo que se excusa en que así le fue requerido por el Ayuntamiento. Pero lo cierto es que, pudiendo libremente hacerlo, sin embargo no solicitó la legalización de un cambio de uso de *safareix* a piscina, como tampoco en momento alguno ha justificado debidamente que en 1997 existiera el *safareix* a que se refería la licencia de reconstrucción que le solicitó al Ayuntamiento de Deià.

En efecto, la existencia de un *safareix* en 1997 no se ha probado en el juicio; y, por el contrario, constan, por ejemplo, manifestaciones de vecinos en actas notariales en las que se señala que el *safereix* no existía.

La sentencia recoge en favor de su decisión la existencia de un informe del Arquitecto Técnico Municipal, emitido el 12/02/20104. Pero en realidad ese informe se centra en que es precisa la intervención y autorización previa de la autoridad urbanística autonómica por las implicaciones medioambientales y de patrimonio.

Por otro lado, a la obra del caso le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley CAIB 2/2014, conforme al cual:

"No prescribirá la acción para la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de:

- a) Los actos de parcelación urbanística en terrenos que tengan la consideración de suelo rústico; b) Los actos o usos que en el momento de su realización se encuentren en suelo rústico protegido y expresamente prohibidos por la normativa territorial o urbanística; y, c) Los actos o usos que afecten a bienes o

espacios catalogados, parques, jardines, espacios libres, infraestructuras públicas u otras reservas para dotaciones"

El terreno rústico del caso contaba ya en 1997 con protección por:

1.- El Decreto CAIB 984/1972, de 24 de marzo, por el que se declara Paraje Pintoresco la costa noroeste de la isla de Mallorca.

2.- La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español

3.- La Ley CAIB 1/1991, de 30 de enero, de espacios naturales y de régimen urbanístico de las áreas de especial protección de las Islas Baleares, que declaró la Serra de Tramuntana como Área Natural de Especial Interés; y en cuanto al término municipal de Deià, salvo los núcleos urbanos, se otorga la calificación de Área Natural de Especial Interés o Área Rural de Interés Paisajístico. La posterior Ley CAIB 4/2008, invocada por el Sr. Leopoldo, si bien modificó la Ley CAIB 1/1991, no incide en el término municipal de Deià.

Llegados a este punto, cabe reiterar que no se ha justificado en el juicio que ni la tramitación dada ni la decisión adoptada por la Administración apelante fuera tachable en algún aspecto, debiendo concluir ya que procede por tanto la estimación de los dos recursos de apelación interpuestos.»

Por todo ello el Tribunal acuerda estimar los recursos de los apelantes (el Consell Insular de Mallorca y la particular denunciante) y revoca la sentencia de instancia que daba la razón al apelado. Lo relevante de este caso es la quiebra de la confianza en el sistema que plantea el caso a la vista del cúmulo de irregularidades cometidas desde el año 1997 que no encuentran reparación sino más de veinte años después de que todo ello aconteciese.

4. PROTECCIÓN DEL TERRITORIO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES NÚMERO 280/2019, DE 11 DE JUNIO (ID. CENDOJ 07040330012019100321).

El último caso analizado deriva de la aprobación de la Ley 4/2008, de 14 de mayo, de medidas urgentes para un desarrollo sostenible de las Illes Balears, que, entra otras medidas, desclasifica una serie de sectores por la vía de la modificación de la Ley 1/1991, de 30 de enero, de espacios naturales y de régimen urbanístico de las áreas de especial protección de las Illes Balears. En

este caso, de operar responsabilidad, estaríamos ante un caso de responsabilidad patrimonial objetiva del estado legislador.

La demandante era una entidad mercantil propietaria de una serie de fincas ubicadas en la zona de Cala Carbó y Cala San Vicenç del término municipal de Pollença (Mallorca). Algunas de estas fincas ya eran suelo rústico protegido (ANEI) cuando fueron adquiridas y otras se hallaban dentro del ámbito de un suelo urbanizable pendiente de ejecución (aunque en alguna fase se clasificó como suelo urbano no ordenado). De hecho, el detalle concreto de las circunstancias de dicho suelo se desarrolla íntegramente en el fundamento segundo de la sentencia, que parece de interés transcribir para aportar luz al intrincado caso:

«SEGUNDO: La entrada en vigor de la Ley 4/2008, de 14 de mayo, amplía los ámbitos de determinadas áreas de especial protección a la isla de Mallorca, incluido el ANEI n.º 47 Serra de Tramontana (cala Carbó/cala Botana), donde se sitúan las propiedades de la mercantil reclamante.

La Sala, en la medida que hay escasas variables fácticas, las cuales ya fueron expuestas en el 1.º de los fundamentos de derecho de la sentencia nº 623 de 4 de septiembre de 2013 dictada en las actuaciones acumuladas 660, 687 y 847 de 2009 y 474, 475, 476 y 500 de 2010, las reitera íntegramente:

"1º) En 1963 se aprobó definitivamente el Plan General-Parcial de Ordenación Urbana Municipal de la Cala de Sant Vicenç -Sector Cala Carbó; así como el Proyecto de Urbanización del Polígono NUM004 del Plan Parcial.

2º) En fecha 16 de noviembre de 1990 se aprobó definitivamente el PGOU de Pollença que clasificó como "suelo urbano" los terrenos comprendidos en la citada URBANIZACION 000".

Se hace constar en su apartado 6 el "estado de ejecución" de dicha urbanización: "Red viaria: ejecutada parcialmente la sección tipo. Pavimentación en muy mal estado"; "Red de suministro de energía eléctrica y alumbrado público: Ejecutadas. Carece de alumbrado", "Red de saneamiento: carece de red por estar previsto en el PU el funcionamiento por fosas sépticas"; "Red de abastecimiento de agua: Ejecutada, Forma parte de la red de Cala

Sant Vicens": "Grado de consolidación por edificación: 25 %". A fecha 1990 ya existen algunas parcelas edificadas.

En su apartado 6.1.4 se indica que la urbanización "dispone de los servicios mínimos exigidos en su Plan Parcial" por lo que se clasifican como suelo urbano.

En cumplimiento de lo ordenado por la Comisión Insular de Urbanismo (CIU) que exige subsanación consistente en que se ha prever la implantación de red de alcantarillado para todos los núcleos urbanos o urbanizables con plan parcial aprobado que no lo tuvieran previsto, en la aprobación definitiva del PGOU ya se determina la implantación de red de alcantarillado en la URBANIZACION000.

Igualmente, el PGOU previene la creación de una nueva zona verde en dicha urbanización.

El PGOU/90 delimita un polígono de actuación para URBANIZACION000, a gestionar por el sistema de compensación para "la ejecución de las obras de urbanización y dotación de servicios pendientes o deficientes, incluido el tratamiento de los espacios libres, a formalizar la cesión gratuita de viales y zonas verdes incluida la nueva zona verde fijada por este plan general". Todo ello a ejecutar dentro del primer cuatrienio.

3º) Antes del transcurso de los cuatro años, el Ayuntamiento de Pollença promueve la modificación del art. 6.2 del Programa de Actuación, que concluirá con acuerdo de 5 de mayo de 1994, en el que el Pleno del Ayuntamiento de Pollença aprueba definitivamente la modificación del PGOU que conllevará la sustitución -para Cala Carbó- del sistema de gestión de compensación por el de cooperación.

4º) Mediante acuerdo plenario del Ayuntamiento de Pollença de fecha 25.10.1999, se decide la aprobación provisional de la adaptación del PGOU al Plan de Ordenación de la Oferta Turística (P.O.O.T.) que, para el polígono que nos ocupa, no altera la clasificación como suelo urbano, manteniéndose la calificación de las parcelas lucrativas como "unifamiliar aislada". Se acuerda la suspensión en el otorgamiento de licencias.

5º) En fecha 27 de enero de 2000 (BOCAIB de 26 de febrero), se dicta el acuerdo por el cual se decide iniciar el estudio de la

modificación del P.G.O.U. de Pollença en ámbito de la primera fase del Plan Parcial de Cala Carbó en Cala Sant Vicens y se acuerda la suspensión en el otorgamiento de licencias de parcelación de terrenos y edificación en el indicado ámbito durante el término de un año o hasta la aprobación inicial de la propuesta de modificación del planeamiento.

6º) En fecha 29.09.2000 la Comisión Insular de Urbanismo del Consell Insular de Mallorca concede trámite de subsanación de deficiencias detectadas en la adaptación del PGOU al Plan de Ordenación de la Oferta Turística (POOT).

7º) Mediante acuerdo plenario de fecha 27.06.2002 el Ayuntamiento de Pollença aprueba inicialmente de nuevo la adaptación del PGOU al POOT al objeto de subsanar las deficiencias detectadas por la CIU. y aprovecha para introducir modificaciones en el Polígono NUM004 de Cala Carbó de tal modo que al objeto de preservar el entorno natural de lo que debía ser la urbanización, se propone mantener la clasificación de suelo urbano del Sector NUM004 de Cala Carbó pero pasa a calificar como zona verde privada lo que antes eran parcelas lucrativas para edificaciones unifamiliares aisladas, y trasladando el aprovechamiento lucrativo de aquellas parcelas a una zona del Puerto de Pollença (DIRECCION002), formando una unidad de actuación, todo ello con la finalidad de evitar edificar en URBANIZACION000 pero sin que los propietarios pierdan el aprovechamiento de que disponían, concentrándose y trasladándose toda la edificabilidad en DIRECCION002.

8º) Las anteriores previsiones quedaron sin efecto cuando en diciembre de 2004 se aprueba el Plan Territorial Insular de Mallorca que mantiene la condición de suelo urbano de los referidos terrenos, si bien propone una solución similar al incluirlos dentro de un Área de Reconversión Territorial (ART 10.1) que, al objeto de preservar el paisaje del área de URBANIZACION000 , se marca el objetivo de trasvasar los aprovechamientos urbanísticos de la indicada área al Sector UP 6 del Port de Pollença, donde se concentrarían toda la edificabilidad, de modo que el suelo vacante de URBANIZACION000 pasaría a ser espacio libre público o privado. Es decir, solución similar a la

propuesta por el Ayuntamiento en la aprobación inicial de la adaptación del PGOU al POOT. Se requería un instrumento de desarrollo: el Plan de Reconversión Territorial.

9º) Antes de que se apruebe el indicado Plan de Reconversión Territorial, en fecha 24 de noviembre de 2007 se publica en el BOIB el Decreto Ley 1/2007, de 23 de noviembre, de medidas cautelares hasta la aprobación de normas de protección áreas de especial valor ambiental para las Illes Balears, que comporta (art. 13) la paralización de la ejecución de los planes parciales que se indican, siendo el del "URBANIZACION00" uno de ellos.

10º) En fecha 18 de mayo de 2008, entra en vigor la Ley del Parlamento Balear 4/2008, de 14 de mayo, de medidas urgentes para un desarrollo territorial sostenible en las Illes Balear, que en su artículo 9 introduce modificaciones del ámbito de algunas áreas de especial protección. En concreto, se modifica el anexo I, cartografía, de la Ley 1/1991, de 30 de enero, de espacios naturales y régimen urbanístico de las áreas de especial protección de las Illes Balears, de modo que el "área natural de especial interés" (ANEI) Nº 47 "Àrees Naturals de la Serra de Tramuntana" se amplía y con ello la "URBANIZACION000" pasa a tener la condición de suelo rústico protegido con la categoría de "área natural de especial interés", lo que impide el desarrollo urbanístico previsto en el PGOU de Pollença para las parcelas de la ahora recurrente.

11º) En fecha 14 de junio de 2008 se publicó la aprobación definitiva - de 5 de mayo de 2008- de la adaptación del PGOU de Pollença al POOT, que mantiene la clasificación de suelo urbano de los referidos terrenos, conforme a las determinaciones del PGOU/90".»

A pesar de todo lo expuesto, se puede comprobar que si bien según el PGOU de Pollença los inmuebles de la reclamante (al menos una parte de ellos) estaban clasificados como suelo urbano, en realidad las parcelas objeto de la reclamación se encontraban fuera del ámbito del plan parcial del sector de Cala Carbó, y que por otra parte, la Ley 4/2008 acaba de considerar como ANEI.

Lo importante para la resolución del pleito es considerar si los terrenos propiedad de la parte recurrente pasaron a ser clasificados como suelo rústico de especial protección (ANEI) con la supresión del aprovechamiento urbanístico que le había otorgado el PGOU de Pollença. Supresión que motiva la reclamación interpuesta. Igualmente se debe destacar que la zona en cuestión, según el informe del arquitecto municipal de Pollença, no disfruta de todos los servicios y los pocos que hay son muy deficientes, de manera que, según se documenta en los Autos, el Ayuntamiento intentó imponer un sistema de compensación y, después, otro de cooperación para el completado de la urbanización, intentos que, ni uno ni otro, llegaron en su día a buen puerto, por lo que claramente nos encontramos ante un supuesto de situación básica de suelo no transformado.

No hay duda que la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico precisa del cumplimiento de los deberes urbanísticos básicos porque su pérdida o reducción sea indemnizable. Es innecesario entrar a analizar la extensa jurisprudencia sobre en qué momento puede entenderse que la ejecución del plan "ha llegado a su fase final de realización" porque la Ley ya nos precisa en qué momento se produce la patrimonialización de la edificabilidad.

El Tribunal, en una sentencia anterior, la 623/2013, ya proclamó que:

«En definitiva, la falta de completación de las actuaciones de urbanización -que es el caso de URBANIZACION000 - no determina sin más la inexistencia de indemnización de la frustrada iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización o de edificación.

De la misma forma deviene irrelevante si la clasificación del suelo otorgada por el PGOU de Pollença de 1990 (suelo urbano) y vigente al tiempo de la entrada en vigor de la Ley balear 4/2008 era o no correcta, ya que, como se verá, para la determinación de las indemnizaciones de los arts. 24,25 y 30 de la LS/2007, no se atiende a la clasificación formal del suelo.»

La sentencia 623/2013 fue recurrida en casación y el Tribunal Supremo estimó parcialmente el supuesto indemnizatorio en el sentido siguiente: «Condenamos a la Administración demandada a indemnizar a los demandantes en la instancia en el importe que resulte de la cuantía que se fije en ejecución de sentencia en los términos del Fundamento de Derecho Décimo Octavo».

Este fundamento expresaba lo siguiente:

«En cuanto al resto de los recurrentes en la instancia se reconoce a su favor el derecho a ser resarcidos por los gastos de elaboración del proyecto o proyectos técnicos de los instrumentos de ordenación y ejecución que hubieren sido necesarios para legitimar su actuación de urbanización; los de las obras acometidas, financiación, gestión y promoción precisos para la ejecución de la actuación así como las indemnizaciones pagadas, todo tasado por su importe incrementado por la tasa de libre riesgo y la prima de riesgo, todo lo cual se fijará en ejecución de sentencia.»

Igualmente en la misma sentencia el Supremo razona que:

«No obstante tales circunstancias no alteran las conclusiones a las que llegó esta Sala en esa otra Sentencia. Que los distintos demandantes en la instancia hubiesen adquirido los terrenos entre 2005 y 2008 no permite seguir una suerte de criterio culpabilístico, sino estar a la situación urbanística del suelo adquirido, con las cargas y obligaciones que le son inherentes en relación al desarrollo y ejecución del planeamiento al entrar en vigor la Ley balear 4/2008. De esta forma en ese momento se estaba ante unos terrenos clasificados como urbanos en los que no se habían concluido las actuaciones de ejecución conforme al sistema inicial de ejecución, esa circunstancia objetiva alcanza al nexo causal y es la que llevó a esta Sala -como también ahora a- entender aplicable el régimen indemnizatorio del artículo 25.1 de la Ley del Suelo de 2007, atemperando el alcance del resarcimiento.»

Por todo ello se considera que, en la medida que hablamos de la misma zona en uno y otro pleito, el Tribunal decide estimar parcialmente el contencioso y remitirse, para la ejecución de sentencia, a los términos del fundamento 18.º de la sentencia de 8 de junio de 2015 del Tribunal Supremo.

Todo ello supone la anulación de la desestimación presunta, por la ficción legal del silencio administrativo, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, y se condena a la Administración al pago de los gastos de proyecto legalmente indemnizables, que serán muy inferiores a la pretensión inicial de la mercantil reclamante.

Sumari: 1. Introducció. 2. Jurisprudència en matèria de protecció de la costa. 2.1. Infracció per ocupació indeguda del domini públic de la platja en el marc d'autoritzacions de serveis de temporada: la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 274/2019, de 6 de juny (ID. Cendoj 07040330012019100268) i la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 370/2019, de 5 de setembre (ID. Cendoj 07040330012019100366). 2.2. Infracció per construcció dins del domini públic costaner: la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 300/2019, de 14 de juny (ID. Cendoj 07040330012019100302). 3. Infracció urbanística i protecció del patrimoni i del paisatge: la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 431/2019, de 24 de setembre (ID. Cendoj 07040330012019100429). 4. Protecció del territori i responsabilitat patrimonial: la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 280/2019, d'11 de juny (ID. Cendoj 07040330012019100321).

1. INTRODUCCIÓ

Analitzem aquest semestre cinc sentències sobre diferents aspectes de la protecció ambiental, paisatgística i territorial, de diferent signe i complexitat que no passen de l'enjudiciament de l'activitat administrativa de control del domini públic de costes, de la protecció ambiental, territorial i patrimonial d'una zona emblemàtica i de la responsabilitat patrimonial de l'estat legislador davant de l'adopció de mesures de protecció territorial i de desenvolupament sostenible.

Resumidament examinarem dues sentències sobre sengles infraccions per ocupació indeguda del domini públic de la platja en el marc de les autoritzacions de serveis de temporada (STSJIB núm. 274/2019, de 6 de juny i núm. 370/2019, de 5 de setembre); una sentència que resol una infracció per construcció dins del domini públic costaner (STSJIB núm. 300/2019, de 14 de juny); una sentència relativa a una infracció urbanística que afectava sòl d'especial protecció, així com un element patrimonial i al paisatge (STSJIB núm. 431/2019, de 24 de setembre); i una d'última sobre les possibles conseqüències en matèria de responsabilitat patrimonial derivada d'actes legislatius singulars (STSJIB núm. 280/2019, d'11 de juny).

2. JURISPRUDÈNCIA EN MATÈRIA DE PROTECCIÓ DE LA COSTA

2.1. Infracció per ocupació indeguda del domini públic de la platja en el marc d'autoritzacions de serveis de temporada: la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 274/2019, de 6 de juny (ID. Cendoj 07040330012019100268) i la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 370/2019, de 5 de setembre (ID. Cendoj 07040330012019100366).

Aquest semestre hem seleccionat, per a aquest apartat, tres sentències relacionades amb l'ocupació del domini públic de costes en un context en el qual aquesta ocupació (autoritzada o no) es converteix en un negoci molt lucratiu derivat de l'explotació dels recursos turístics. En l'entorn insular les platges solen patir sovint sobreocupacions dels serveis de temporada, amb excessos que comprometen l'ordenació del litoral i la garantia de l'ús per part de la ciutadania en unes condicions acceptables. Per tot això ens sembla interessant abordar aquests tres exemples, començant pel primer cas resolt per la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 274/2019, de 6 de juny.

Aquesta sentència tracta de la sanció imposta a l'empresa IBIFOR, SA, una entitat mercantil de propietat influent i gran pes econòmic a Eivissa, mitjançant la resolució adoptada per la Secretaria General Tècnica del Ministeri d'Agricultura, Alimentació i Medi Ambient de 19 de setembre de 2016 que desestima el recurs d'alçada interposat contra la Resolució de data 24 de juliol de 2013 dictada en el Procediment Sancionador número IB-05/11/12. La sanció s'origina en una denúncia formalitzada el 21 d'agost de 2012 en la que el Servei d'Inspecció de Costes detecta que s'estaven explotant il·legalment una quantitat que gairebé dobla el nombre d'hamaques i para-sols autoritzats en zones de domini públic marítim terrestre en el tram de costa denominat Es Cavallet en el TM de Sant Josep de Sa Talaia. L'acta de denúncia demostra que l'empresa explotadora tenia col·locat més mobiliari del permès i autoritzat per l'Administració. En concret hi havia 71 hamaques i 35 para-sols no autoritzats, així com 14 *lounge beds* amb tres matalassos no autoritzats. La

denúncia es documenta amb fotografies d'aquestes zones de platja, en la qual es detalla el mobiliari excedent en cada una d'elles.

A tot això la part denunciada va presentar al·legacions sol·licitant la nul·litat absoluta de l'acord d'inici d'expedient sancionador per falta de motivació, perquè no es determina amb claredat i precisió el lloc en el qual suposadament s'ha comès la infracció, ja que la platja té molts quilòmetres de longitud i en ella hi ha tres quioscos diferents. Per falta de legitimació passiva d'IBIFOR, SA, ja que no és ella la infractora ja que va concertar sengles contractes d'arrendament amb tercers.

Igualment, la recurrent negava l'excés d'hamaques i para-sols que el servei d'inspecció havia declarat, i en qualsevol cas aquest possible excés només arribaria a 24 hamaques, 12 para-sols i 3 hamaques dobles sobre el total concedit i autoritzat. Al seu torn, indica que els arrendataris no reconeixen aquest presumpte excés ja que Demarcació de Costes va incloure en els seus càlculs fins i tot les que es trobaven dipositades en un magatzem d'un dels quioscos i que s'utilitzaven per reemplaçar les que es deterioraven o embrutaven per l'ús quotidià. Com a element de descàrrec, la recurrent va aportar un Conveni subscrit amb l'Ajuntament de Sant Josep per a l'explotació de les autoritzacions temporals datat a 11 de juny de 2012, ja que la Demarcació de Costes havia concedit a l'esmentat Ajuntament per a l'any 2012 autorització per instal·lar en la Playa des Cavallet 270 hamaques i 135 para-sols i 10 hamaques dobles. El Conveni facilitava a la part poder augmentar un 10% el nombre d'instal·lacions concedides.

En la proposta de resolució sancionadora de data 11 de juny de 2013 la Instructora assenyala que és cert que el 13 de març de 2012 Demarcació de Costes va atorgar a l'Ajuntament de Sant Josep autorització per a l'ocupació de domini públic marítim terrestre per si mateix o bé per tercer d'acord amb els plànols establerts per aquesta Demarcació i subjecta al compliment de les condicions afectant aquestes tant a l'Ajuntament com a tercer.

Igualment consta que estaven perfectament identificats els trams de la platja on es van detectar les infraccions denunciades. D'altra banda encara que valora la documental aportada pel recurrent i l'examina i raona, la proposta de resolució

assenyala que, en relació amb el Conveni aportat amb l'Ajuntament en el qual se li autoritzava a augmentar un 10% les instal·lacions, aquest argument no era oposable davant Demarcació de Costes, ja que era un conveni vinculant entre les dues parts signants.

També exposa que la Demarcació va autoritzar a l'Ajuntament un nombre d'hamagues i para-sols i llits perfectament detallat en l'autorització concedida, i que es va comprovar que l'excés de més de mobiliari no autoritzat no va ser retirat per complet, com l'acrediten les inspeccions realitzades al setembre i l'octubre amb el resultat que ofereixen.

D'altra banda, a les actes de denúncia va ser present un representant de l'empresa IBIFOR, SA, com ho demostra la firma que consta en aquesta, considerant que és aquesta empresa la que té la condició de tercer adjudicatari i per tant legitimació passiva. I quant a la prova sol·licitada la Instructora considera innecessària la documental sol·licitada consistent que es lliurés ofici a l'Ajuntament de Sant Josep donant resposta detallada i completa del perquè en relació amb els punts sol·licitats per la interessada.

En la demanda interposada, la recurrent sol·licita la nul·litat de l'expedient partint dels següents arguments:

- a) Caducitat de l'expedient i prescripció de la falta en haver tardat l'Administració tres anys a resoldre's
- b) Indefensió efectiva en la tramitació administrativa a l'empara de l'article 47-1 de la Llei 39/2015 en haver-se-li denegat prova
- c) Falta de motivació en l'acte impugnat i no acreditació del lloc dels fets, de la durada de la infracció i de l'entitat d'aquesta.

Evidentment, l'Advocacia de l'Estat es va oposar a aquests arguments i va sol·licitar la desestimació del recurs contencios.

La sentència argumenta que, en relació amb la caducitat de l'expedient i prescripció de la infracció imposada, no es donen cap d'aquestes circumstàncies, ja que l'expedient es va iniciar, va tramitar, va resoldre i va notificar la resolució sancionadora, dins del termini legal d'un any que disposava l'Administració, doncs iniciat l'expedient per Resolució de 7 de

setembre de 2012 es va notificar a la part la resolució sancionadora el 29 de juliol de 2013.

Quant a la prescripció de la infracció per haver tardat l'Administració 3 anys en resoldre l'alçada, el tribunal opina que no opera aquesta figura de conformitat amb l'article 92-1 de la Llei de Costas, ja que la prescripció de la infracció es predica només del procediment sancionador, però en cap cas quan l'expedient està en fase de revisió de la sanció ja imposta i dictada. Això és així perquè la part pot entendre desestimat per la ficció legal del silenci el seu recurs, si, transcorregut el termini de tres mesos que disposa l'Administració per resoldre l'alçada, no ha dictat resolució expressa a l'efecte, quedant cobert el dret a la tutela judicial efectiva.

L'al·legació de la indefensió que realitza IBIFOR, SA, també és desestimada per falta de fonaments en el fonament TERCER, on s'assenyala:

«TERCER: Quant a la indefensió material que la part denuncia i els defectes en la tramitació que considera són susceptibles de nul·litat radical de l'article 47 de la Llei 39/2015.

Atesa la data dels fets i d'inici de les actuacions, així com d'interposició de l'alçada, de conformitat amb la Disposició Transitòria Tercera a) de la Llei 39/2015, és aplicable al cas la Llei 30/1992.

La presumpció d'innocència regeix sense excepcions en l'ordenació sancionadora i ha de ser respectada en la imposició de qualsevol sancions, ja que l'exercici del *ius puniendi* en les seves diverses manifestacions està condicionat per l'art. 24.2 de la Constitució al joc de la prova i a un procediment contradictori en el qual pugui defensar-se les mateixes posicions. En tal sentit, el dret a la presumpció d'innocència comporta: que la sanció estigui basada en actes o mitjans probatoris de càrrec o incriminadors de la conducta retreta; que la càrrega de la prova correspongui a qui acusa, sense que ningú estigui obligat a provar la seva pròpia innocència; i que qualsevol insuficiència en el resultat de les proves practicades, lliurement valorat per l'òrgan sancionador, ha de traduir-se en un pronunciament absolutori.

L'administrat té el dret de defensa i això suposa practicar la prova que consideri convenient per als seus interessos, de manera que, la denegació d'aquesta prova, quan és indeguda, constitueix un vici rellevant en el

procediment per causar-li indefensió material efectiva (per totes sentències del TC 131/2003, 45/2000 i 219/1998).

En efecte, no tota denegació de pràctica de prova al si de l'expedient administratiu és constitutiva d'indefensió material, sinó només aquella que, o bé no està motivada, o bé, amb la seva pràctica hauria pogut aportar dades que justifiquessin una decisió diferent de la que es va produir.

L'Administració va raonar la denegació de prova tant en la proposta de resolució, com en la resolució sancionadora i fins i tot en la resolució de l'alçada. Per tant per aquesta via no existeix tal defecte.»

El gir en la sentència opera a partir del següent raonament de la mateixa relacionat amb l'efectiva indefensió causada, la qual cosa resulta extremadament rellevant atès el resultat que causa. Així, continua dient la sentència en aquest fonament TERCER que si analitzem la qüestió des de l'altra perspectiva o sigui, la impossibilitat d'haver pogut la part aportar dades al si de l'expedient sancionador que haguessin pogut donar un resultat diferent, el resultat canvia. I és que aprecia el tribunal que la part va sol·licitar practicar a l'expedient prova documental i testifical. Respecte a la prova documental consistent que s'informés per l'Ajuntament de Sant Josep respecte al contracte subscrit entre l'actora i aquesta Corporació i la possibilitat d'augmentar en un 10% les instal·lacions que podia col·locar en el domini públic, la Instructora la va denegar sobre la base que l'autorització que va concedir Costes a l'Ajuntament respecte al nombre d'instal·lacions que va autoritzar, vinculava a aquest Consistori i a qualsevol tercer per ell autoritzat. De manera que l'affirmació de la part de poder augmentar en un 10% les instal·lacions no fixes d'acord amb el conveni subscrit entre l'Ajuntament i la recurrent, no era qüestió que afectés i vinculés a l'Administració General de l'Estat, que no havia subscrit tal conveni. És per això que els extrems que es demanaven sobre això en l'esmentada documental, tots ells tendents a poder demostrar que sí que podien ampliar-se aquestes instal·lacions, a la fi resultaven impertinents i innecessaris per al debat, perquè aquest contracte no li era oposable a l'Administració General de l'Estat.

Entenem que aquest raonament és correcte i degudament motivat, la qual cosa no impedeix al Tribunal de continuar per aquesta via per arribar a la conclusió següent:

«[...] Però no ocorre igual en relació amb la prova testifical sol·licitada. En efecte la recurrent va sol·licitar testifical perquè "els treballadors dels diferents quioscs acreditessin testificalment que van procedir immediatament a la correcció dels fets denunciats eliminant les poques hamaques i para-sols excedits que en cap cas no coincideixen amb la imputació d'Acord d'inici. De tal manera que l'endemà el nombre total d'hamaques i para-sols respectava estrictament les que incloïa l'accord concessionari". Aquesta prova sens dubte és útil per al seu dret de defensa i per a la determinació de la seva responsabilitat en les conseqüències sancionadores de l'incompliment detectat al butlletí de denúncia. Impedir-li practicar prova sobre aquest particular, i impedir-li aportar dades que poguessin donar llum a aquests efectes, causa a l'avui recurrent indefensió efectiva i material, amb vici de nul·litat radical de l'article 62-1 a) de la Llei 30/1992.

L'Administració la va denegar argumentant que resultava innecessària, ja que obraven a l'expedient dos informes emesos per l'Administració en dates 8 i 9 d'octubre de 2012 i per tant posteriors a la petició de prova de la recurrent, en els quals es detallaven els elements col·locats en el domini públic aquells dos dies. I amb aquest resultat la Instructora considerava innecessària aquesta prova perquè es constataba l'incompliment que la part negava. La Sala no concorda aquest argument.

Amb independència de la informació aportada per aquestes Actes, no per això podia la Instructora impedir o ignorar el dret de la part a defensar-se de l'acusació en contra seu formulada. El seu dret de defensa s'havia de respectar, la qual cosa es tradueix en la possibilitat que aquella pogués demostrar la seva tesi, aportant dades de transcendència a l'expedient sancionador seguit en contra seu. D'haver-ho fet, i d'haver-se practicat aquesta prova, llavors la Instructora hauria hagut de valorar els seus resultats i les dades aportades. Però el que no podia fer era considerar que les dades que consten a l'expedient, ja eren suficients i bastants per a la prova de càrrec contra la recurrent i privar-lo del seu dret de la seva defensa, impedint-li de practicar prova que també resultava transcendent en el debat.

La impossibilitat de desplegar l'esmentada activitat probatòria, amb incidència notabilíssima sobre el dret de presumpció d'innocència d'aquesta, va causar a l'avui recurrent efectiva indefensió. Amb el procediment seguit, l'Administració només va valorar i va tenir en compte a l'expedient les dades que ella mateixa va aportar, impedint a la part el seu dret a contrarestar-los i a defensar-se.

Arribats a aquest punt estimem el recurs i declarem la nul·litat de l'acte administratiu impugnat de conformitat amb l'article 62-1 a) de la Llei 30/1992, aplicable *more temporis*.

L'estimació d'aquest argument eximeix de continuar amb l'anàlisi de la resta d'argumentacions vessades en el debat.

Tot això condueix el Tribunal a estimar el recurs contenciós i a declarar disconforme a dret i nul l'acte administratiu impugnat. Amb què eximeix de responsabilitat la recurrent IBIFOR, SA, tot i que la infracció havia quedat àmpliament demostrada dins del que és una pràctica habitual i reiterada a les nostres costes.

El cas que es deriva de la sentència número 370/2019 de 5 de setembre de 2019 (PO 091/2017), en el que la demandant també és la mercantil IBIFOR, SA, ha rebut idèntic tracte i signe en la seva resolució, acollint-se als mateixos arguments de l'antecedent abans exposat.

2.2. Infracció per construcció dins del domini públic costaner: la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 300/2019, de 14 de juny (ID. Cendoj 07040330012019100302).

En aquest segon cas, la sanció imposada és ratificada pel tribunal que no aprecia cap errada en la tramitació del corresponent expedient administratiu que conclou amb una imposició d'una sanció de 3.135 euros, encara que l'entitat sancionada va intentar acreditar la prescripció de les possibles infraccions comeses i la inexistència de conducta dolosa.

En efecte, l'entitat recurrent interposa recurs contenciós-administratiu contra la resolució que en confirma una altra d'anterior de la Demarcació de Costes en Illes Balears, per qui se li imposa la sanció esmentada amb obligació de restitució dels terrenys al seu primitiu estat. Tot això com a conseqüència d'una

denúncia del Servei de Vigilància de Costes, de dia 16 de juny de 2014, en la que es constata que el denunciat havia procedit a la instal·lació de coberta amb estructura de bigues de fusta i canyís de 114 m², sense autorització i en domini públic marítim terrestre i servitud de trànsit, entre les fites 670-671, en un tram de costa denominat Cala Molí, del terme municipal de Sant Josep d'Eivissa. La Demarcació de Costes considera que és procedent imposar la sanció per infracció dels articles 90.2 i) i 90.2 g) de la Llei de Costes.

La demandada va pretendre l'anul·lació de la sanció partint dels següents arguments: La instal·lació de la coberta sobre el quiosc de referència va ser degudament autoritzada per l'Administració pública l'any 1967; la coberta del quiosc ja es va instal·lar abans de l'any 1.988, el que es va acreditar mitjançant la fotografia aèria; no es pot considerar instal·lació de coberta el que és una simple reparació del canyís preexistent que estava trencat i deteriorat per efecte del vent. L'actuació sancionada es va limitar al sanejament i condicionament general intentant reforçar elements de suport amb substitució dels preexistents (de ferro) per altres que no es corroeixen per l'exposició a la brisa marina, com és la fusta tractada, i més conforme amb l'entorn paisatgístic del lloc. Igualment es va procedir a la col·locació de nou canyís en substitució del preexistent, totalment trencat i deteriorat. La recurrent al·lega que faltaria el requisit de frau en l'actuació suposadament infractora.

Malgrat el que s'al·lega en el plet queda provat que la indicada llicència d'obres de 1967 és una llicència d'obres municipal, que no incorpora la preceptiva autorització de Costes. Autorització sectorial necessària per enclavar-se la instal·lació en el domini públic marítim terrestre i, en part, a la zona de servitud de trànsit. En conseqüència, la llicència municipal constitueix autorització insuficient en faltar aquella per la qual se'l sanciona.

Po una altra part, encara que es demostri la presumpta instal·lació de la coberta, abans de l'entrada en vigor de la Llei 22/1988, de 28 de juliol, de Costes, això no eludeix l'indicat en la Disposició Transitòria Quarta d'aquesta, conforme a la qual: «Les obres i instal·lacions construïdes anteriorment a l'entrada en vigor de la present Llei, sense l'autorització o concessió exigible d'acord amb la legislació de costes llavors vigent, seran demolides quan no sigui procedent la seva legalització per raons d'interès públic».

És a dir, a falta de concessió o autorització per a instal·lacions sobre el domini públic que eren igualment necessàries amb la Llei de Costes de 26 d'abril de 1969 -i que no aporta la recurrent- no cap sinó la legalització o demolició. Cap de les dues actuacions no es va realitzar.

Quant a la pretensió que els treballs realitzats només van implicar una simple reparació, fins i tot encara que es tractés de mera reposició, això ho seria respecte a una instal·lació per a la qual no consta prèvia autorització de Costas, el veritablement rellevant aquí és que l'esmentada reposició, per consistir en una substitució completa dels elements estructurals portants (pilars i bigues) requeria d'autorització de la Demarcació de Costes, com si es tractés d'una nova instal·lació.

Amb relació a la falta de frau invocada, en realitat l'entitat recurrent havia de saber que l'estructura es troba en zona de domini públic i, en part, en zona de servitud de trànsit, la qual cosa l'obligava a sol·licitar les autoritzacions administratives pertinents per executar obres o instal·lacions en aquestes. El desconeixement que s'invoca no eximeix de responsabilitat.

Tot això condueix a la desestimació del recurs i a la confirmació de la resolució que acorda la sanció i la demolició del cobert en domini públic i zona de servitud de costes.

3. INFRACCIÓ URBANÍSTICA I PROTECCIÓ DEL PATRIMONI I EL PAISATGE: LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE LES ILLES BALEARS NÚMERO 431/2019, DE 24 DE SETEMBRE (ANEU. CENDOJ 07040330012019100429).

La construcció d'una piscina a terra rústic protegit associada a un habitatge ubicat en un edifici protegit sota la figura de bé d'Interès Cultural (BIC), posa a prova el sistema de control sobre construccions i edificacions en llocs sotmesos a una triple protecció: l'ambiental (el paratge natural de la Serra de Tramuntana a Mallorca); la patrimonial (amb la declaració de BIC de parts de la mateixa Serra i d'alguns elements històrics enclavats en la mateixa); i la paisatgística (ja que avui la Serra és Patrimoni Mundial de la UNESCO i havia estat declarada al seu dia paratge pintoresc).

En segon lloc la sentència posa de manifest l'irregular funcionament dels mecanismes de control municipals pel que fa a la concessió de llicències de construcció i a la disciplina urbanística (amb connivència o sense amb el particular denunciat). Igualment aflora una mala praxi professional en encobrir un presumpte canvi d'ús de safareig a piscina quan en cap moment no s'acredita ni prova la preexistència de l'esmentat safareig.

Concretant les circumstàncies del cas comprovem que es tracta de la construcció d'una piscina adjacent a un edifici que es troba en sòl urbà, pel que sembla per consolidació, i que des de la Llei CAIB 6/1985 tenia la consideració de bé d'Interès Cultural. Per la seva part, el terreny en el qual el 1997 es va construir la piscina sense llicència és sòl rústic d'especial protecció, qualificat d'Àrea Rural d'Interès Paisatgístic.

Davant d'una sèrie de denúncies, es va procedir a un intent de legalització davant de l'Ajuntament de Deià. En el transcurs de l'expedient es va remetre el mateix a la Comissió Insular de Patrimoni Històric del Consell Insular de Mallorca per al seu informe i autorització. El 24/07/2014 la Cap de Secció d'Arquitectura del Servei de Patrimoni Històric va emetre informe desfavorable, destacant que no constava la prèvia existència del safareig, el que conduïa a la conclusió que es tractaria d'un expedient de legalització d'una obra nova consistent en la construcció de la piscina on abans no hi havia cap construcció. Mitjançant acord de la Comissió Insular de Patrimoni Històric, adoptat en sessió celebrada el 18/11/2014, es va denegar el projecte de legalització pretès per l'apel·lat, que va recórrer contra aquest acord i que després va interposar recurs en la via contenciosa davant del Jutjat corresponent.

Al llarg del plet l'apel·lat intenta minimitzar l'actuació que deriva en la construcció de la piscina i defensa que es tracta d'un simple canvi d'ús sense més transcendència com podem llegir en el relat extens del fonament segon de la sentència:

«SEGON: El Sr. Leopoldo prova de restar importància a què el 2014 sol·licités la legalització de l'obra nova, per al que s'excusa que així li va ser requerit per l'Ajuntament. Però el cert és que, podent lliurement fer-ho, tanmateix no va sol·licitar la legalització d'un canvi d'ús de *safareig* a *piscina*, com tampoc en cap moment no ha justificat degudament que el

1997 existís el *safareig* a què es referia la llicència de reconstrucció que li va sol·licitar a l'Ajuntament de Deià.

En efecte, l'existència d'un *safareig* el 1997 no s'ha provat en el judici; i, al contrari, consten, per exemple, manifestacions de veïns en actes notariais en les quals s'assenyala que el *safareig* no existia.

La sentència recull en favor de la seva decisió l'existència d'un informe de l'Arquitecte Tècnic Municipal, emès el 12/02/20104. Però en realitat aquest informe se centra que és precisa la intervenció i autorització prèvia de l'autoritat urbanística autonòmica per les implicacions mediambientals i de patrimoni.

D'altra banda, a l'obra del cas li és d'aplicació el disposat a l'article 74 de la Llei CAIB 2/2014, conforme al qual:

"No prescriurà l'acció per a l'adopció de mesures de protecció de la legalitat urbanística i restabliment de l'ordre jurídic pertorbat respecte de:

- a) Els actes de parcel·lació urbanística en terrenys que tinguin la consideració de terra rústic;
- b) Els actes o usos que en el moment de la seva realització es trobin a terra rústic protegit i expressament prohibits per la normativa territorial o urbanística;
- c) Els actes o usos que afectin béns o espais catalogats, parcs, jardins, espais lliures, infraestructures públiques o altres reserves per a dotacions"

El terreny rústic del cas comptava ja el 1997 amb protecció per:

1.- El Decret CAIB 984/1972, de 24 de març, pel qual es declara Paratge Pintoresc la costa nord-oest de l'illa de Mallorca.

2.- La Llei 16/1985, de 25 de juny, del Patrimoni Històric Espanyol

3.- La Llei CAIB 1/1991, de 30 de gener, d'espais naturals i de règim urbanístic de les àrees d'especial protecció de les Illes Balears, que va declarar la Serra de Tramuntana com a Àrea Natural d'Especial Interès; i pel que fa al terme municipal de Deià, tret dels nuclis urbans, s'atorga la qualificació d'Àrea Natural d'Especial Interès o Àrea Rural d'Interès Paisatgístic. La posterior Llei CAIB 4/2008, invocada pel Sr. Leopoldo, si bé va modificar la Llei CAIB 1/1991, no incideix en el terme municipal de Deià.

Arribats a aquest punt, es pot reiterar que no s'ha justificat en el judici que ni la tramitació donada ni la decisió adoptada per l'Administració apel·lant

fos atacable en cap aspecte, havent de concloure que procedeix per tant l'estimació dels dos recursos d'apel·lació interposats.»

Per tot això el Tribunal acorda estimar els recursos dels apel·lants (el Consell Insular de Mallorca i la particular denunciant) i revoca la sentència d'instància que donava la raó a l'apel·lat. El rellevant d'aquest cas és la fallida de la confiança en el sistema que planteja el cas en vista del cùmul d'irregularitats comeses des de l'any 1997 que no troba reparació sinó més de vint anys després què tot això s'esdevingués.

4. PROTECCIÓ DEL TERRITORI I RESPONSABILITAT PATRIMONIAL: LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE LES ILLES BALEARS NÚMERO 280/2019, D'11 DE JUNY (ANEU. CENDOJ 07040330012019100321).

L'últim cas analitzat deriva de l'aprovació de la Llei 4/2008, de 14 de maig, de mesures urgents per a un desenvolupament sostenible de les Illes Balears, que, entra altres mesures, desclassifica una sèrie de sectors per la via de la modificació 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. En aquest cas, d'operar responsabilitat, estaríem davant d'un cas de responsabilitat patrimonial objectiva de l'estat legislador.

La demandant era una entitat mercantil propietària d'una sèrie de finques ubicades a la zona de Cala Carbó i Cala Sant Vicenç del terme municipal de Pollença (Mallorca). Algunes d'aquestes finques ja eren terra rústic protegit (ANEI) quan van ser adquirides i d'altres es trobaven dins de l'àmbit d'un terra urbanitzable pendent d'execució (encara que en alguna fase es va classificar com a sòl urbà no ordenat). De fet, el detall concret de les circumstàncies de l'esmentat terra es desenvolupa íntegrament en el fonament segon de la sentència, que sembla d'interès transcriure per aportar llum a l'intricat cas:

«SEGON: L'entrada en vigor de la Llei 4/2008, de 14 de maig, amplia els àmbits de determinades àrees d'especial protecció a l'illa de Mallorca, inclos l'ANEI nº 47 Serra de Tramuntana (cala Carbó/cala Botana), on se situen les propietats de la mercantil reclamant.

La Sala, en la mesura que hi ha escasses variables fàctiques, les quals ja van ser exposades l'1º dels fonaments de dret de la sentència núm. 623 de 4 de setembre de 2013 dictada en les actuacions acumulades 660, 687 i 847 de 2009 i 474, 475, 476 i 500 de 2010, les reitera íntegrament:

"1r) El 1963 es va aprovar definitivament el Pla General-Parcial d'Ordenació Urbana Municipal de la Cala de Sant Vicenç -Sector Cala Carbó; així com el Projecte d'Urbanització del Polígon NUM004 del Pla Parcial.

2n) En data 16 de novembre de 1990 es va aprovar definitivament el PGOU de Pollença que va classificar com a "sòl urbà" els terrenys compresos en l'esmentada URBANIZACION 000".

Es fa constar en el seu apartat 6 l'"estat d'execució" de l'esmentada urbanització: "Xarxa viària: executada parcialment la secció tipus. Pavimentació en molt mal estat"; "Xarxa de subministrament d'energia elèctrica i enllumenat públic: Executades. Manca d'enllumenat", "Xarxa de sanejament: manca de xarxa per estar previst en el PU el funcionament per fosses sèptiques"; "Xarxa de proveïment d'aigua: Executada, Forma part de la xarxa de Cala Sant Vicenç": "Grau de consolidació per edificació: 25 %". A data 1990 ja existeixen algunes parcel·les edificades.

En el seu apartat 6.1.4 s'indica que la urbanització "disposa dels serveis mínims exigits en el seu Pla Parcial" per la qual cosa es classifiquen com a sòl urbà.

En compliment de l'ordenat per la Comissió Insular d'Urbanisme (CIU) que exigeix esmena consistent en què s'ha de preveure la implantació de xarxa de clavegueram per a tots els nuclis urbans o urbanitzables amb pla parcial aprovat que no ho tinguessin previst, en l'aprovació definitiva del PGOU ja es determina la implantació de xarxa de clavegueram en la URBANIZACION000.

Igualment, el PGOU prevé la creació d'una nova zona verda en l'esmentada urbanització.

El PGOU/90 delimita un polígon d'actuació per a URBANIZACION000, a gestionar pel sistema de compensació per a "l'execució de les obres d'urbanització i dotació de serveis pends o deficient, inclòs el tractament dels espais lliures, a formalitzar la cessió gratuïta de vials i zones verdes inclosa la

nova zona verda fixada per aquest pla general". Tot això a executar dins del primer quadrienni.

3r) Abans del transcurs dels quatre anys, l'Ajuntament de Pollença promou la modificació de l'art. 6.2 del Programa d'Actuació, que conclourà amb acord de 5 de maig de 1994, en el qual el Ple de l'Ajuntament de Pollença aprova definitivament la modificació del PGOU que comportarà la substitució -per a Cala Carbó- del sistema de gestió de compensació pel de cooperació.

4t) Mitjançant acord plenari de l'Ajuntament de Pollença de data 25.10.1999, es decideix l'aprovació provisional de l'adaptació del PGOU al Pla d'Ordenació de l'Oferta Turística (P.O.O.T.) que, per al polígon que ens ocupa, no altera la classificació com a sòl urbà, mantenint-se la qualificació de les parcel·les lucratives com a "unifamiliar aïllada". S'acorda la suspensió en l'atorgament de llicències.

5è) En data 27 de gener de 2000 (BOCAIB de 26 de febrer), es dicta l'acord pel qual es decideix iniciar l'estudi de la modificació del P.G.O.U. de Pollença en àmbit de la primera fase del Pla Parcial de Cala Carbó en Cala Sant Vicens i s'acorda la suspensió en l'atorgament de llicències de parcel·lació de terrenys i edificació en l'indicat àmbit durant el terme d'un any o fins a l'aprovació inicial de la proposta de modificació del planejament.

6è) En data 29.09.2000 la Comissió Insular d'Urbanisme del Consell Insular de Mallorca concedeix tràmit d'esmena de deficiències detectades en l'adaptació del PGOU al Pla d'Ordenació de l'Oferta Turística (POOT).

7è) Mitjançant acord plenari de data 27.06.2002 l'Ajuntament de Pollença aprova inicialment de nou l'adaptació del PGOU al POOT amb la finalitat de reparar les deficiències detectades per la CIU. i aprofita per introduir modificacions en el Polígon NUM004 de Cala Carbó de manera que amb la finalitat de preservar l'entorn natural de la qual cosa havia de ser la urbanització, es proposa de mantenir la classificació de sòl urbà del Sector NUM004 de Cala Carbó però passa a qualificar de zona verda privada el que abans eren parcel·les lucratives per a edificacions unifamiliars aïllades, i traslladant l'aprofitament lucratiu d'aquelles parcel·les a una zona del Port de Pollença (DIRECCION002), formant una unitat

d'actuació, tot això amb la finalitat d'evitar edificar en URBANIZACION000 però sense que els propietaris perdin l'aprofitament que disposaven, concentrant-se i traslladant-se tota l'edificabilitat en DIRECCION002.

8è) Les anteriors previsions van quedar sense efecte quan el desembre de 2004 s'aprova el Pla Territorial Insular de Mallorca que manté la condició de sòl urbà dels referits terrenys, si bé proposa una solució similar en incloure'ls d'aquí a una Àrea de Reconversion Territorial (ART 10.1) que, amb la finalitat de preservar el paisatge de l'àrea de URBANIZACION000, es marca l'objectiu de transvasar els aprofitaments urbanístics de la indicada àrea al Sector UP 6 del Port de Pollença, on es concentraria tota l'edificabilitat, de manera que el terra vacant de URBANIZACION000 passaria a ser espai lliure públic o privat. És a dir, solució similar a la proposta per l'Ajuntament en l'aprovació inicial de l'adaptació del PGOU al POOT. Es requeria un instrument de desenvolupament: el Pla de Reconversion Territorial.

9è) Abans que s'aprovés l'indicat Pla de Reconversion Territorial, en data 24 de novembre de 2007 es publica en el BOIB el Decret Llei 1/2007, de 23 de novembre, de mesures cautelars fins a l'aprovació de normes de protecció àrees d'especial valor ambiental per a les Illes Balears, que comporta (art. 13) la paralització de l'execució dels plans parciais que s'indiquen, sent el del "URBANIZACION00" un d'ells.

10è) En data 18 de maig de 2008, entra en vigor la Llei del Parlament Balear 4/2008, de 14 de maig, de mesures urgents per a un desenvolupament territorial sostenible en les Illes Balears, que al seu article 9 introduceix modificacions de l'àmbit d'algunes àrees d'especial protecció. En concret, es modifica l'annex I, cartografia, de la Llei 1/1991, de 30 de gener, d'espais naturals i règim urbanístic de les àrees d'especial protecció de les Illes Balears, de manera que l'"àrea natural d'especial interès" (ANEI) Núm. 47 "Àrees Naturals de la Serra de Tramuntana" s'amplia i amb això la "URBANIZACION000" passa a tenir la condició de sòl rústic protegit amb la categoria d'"àrea natural d'especial interès", el que impedeix el desenvolupament urbanístic previst en el PGOU de Pollença per a les parcel·les de l'ara recurrent.

11è) En data 14 de juny de 2008 es va publicar l'aprovació definitiva - de 5 de maig de 2008- de l'adaptació del PGOU de Pollença al POOT, que manté la classificació de sòl urbà dels referits terrenys, conforme a les determinacions del PGOU/90".

Malgrat tot l'exposat, es pot comprovar que si bé segons el PGOU de Pollença els immobles de la reclamant (almenys una part d'ells) estaven classificats com a sòl urbà, en realitat les parcel·les objecte de la reclamació es trobaven fora de l'àmbit del pla parcial del sector de Cala Carbó, i que d'altra banda, la Llei 4/2008 acaba de considerar com a ANEI.

L'important per a la resolució del plet és considerar si els terrenys propietat de la part recurrent van passar a ser classificats com a terra rústic d'especial protecció (ANEI) amb la supressió de l'aprofitament urbanístic que li havia atorgat el PGOU de Pollença. Supressió que motiva la reclamació interposada. Igualment s'ha de destacar que la zona en qüestió, segons l'informe de l'arquitecte municipal de Pollença, no gaudeix de tots els serveis i els pocs que hi ha són molt deficients, de manera que, segons es documenta a les actuacions, l'Ajuntament va intentar imposar un sistema de compensació i, després, un altre de cooperació per al completat de la urbanització, intents que, ni un ni un altre, no van arribar al seu dia a bon port, per la qual cosa clarament ens trobem davant d'un supòsit de situació bàsica de terra no transformat.

No hi ha dubte que la patrimonialització de l'aprofitament urbanístic necessita el compliment dels deures urbanístics bàsics perquè la seva pèrdua o reducció sigui indemnitzable. És innecessari entrar a analitzar l'extensa jurisprudència sobre en quin moment pot entendre's que l'execució del pla "ha arribat a la seva fase final de realització" perquè la Llei ja ens precisa en quin moment es produeix la patrimonialització de l'edificabilitat.

El Tribunal, en una sentència anterior, la 623/2013, ja va proclamar que:

«En definitiva, la falta de compleció de les actuacions d'urbanització -que és el cas de URBANIZACION000 - no determina sense més ni més la inexistència d'indemnització de la frustrada iniciativa i promoció d'actuacions d'urbanització o d'edificació.

De la mateixa forma esdevé irrelevat si la classificació del terra atorgada pel PGOU de Pollença de 1990 (sòl urbà) i vigent al temps de l'entrada en vigor de la Llei balear 4/2008 era o no correcta, ja que, com es veurà, per a la determinació de les indemnitzacions dels arts. 24,25 i 30 de la LS/2007, no s'atén la classificació formal del terra.»

La sentència 623/2013 va ser recorreguda en cassació i el Tribunal Suprem va estimar parcialment el supòsit indemnitzatori en el sentit següent: «Condemnem l'Administració demandada a indemnitzar els demandants en la instància en l'import que resulti de la quantia que es fixi en execució de sentència en els termes del fonament de dret divuitè».

Aquest fonament expressava el següent:

«Quant a la resta dels recurrents en la instància es reconeix a favor seu el dret a ser rescabalats per les despeses d'elaboració del projecte o projectes tècnics dels instruments d'ordenació i execució que haguessin estat necessaris per legitimar la seva actuació d'urbanització; els de les obres empreses, finançament, gestió i promoció precisos per a l'execució de l'actuació així com les indemnitzacions pagades, tot taxat pel seu import incrementat per la taxa de lliure risc i la prima de risc, la qual cosa es fixarà en execució de sentència.»

Igualment en la mateixa sentència el Suprem raona que:

«No obstant això tals circumstàncies no alteren les conclusions a les quals va arribar aquesta Sala en aquesta altra Sentència. Que els diferents demandants en la instància haguessin adquirit els terrenys entre 2005 i 2008 no permet seguir una mena de criteri culpabilístic, sinó estar a la situació urbanística del terra adquirit, amb les càrregues i obligacions que li són inherents en relació amb el desenvolupament i execució del planejament en entrar en vigor la Llei balear 4/2008. D'aquesta forma en aquell moment s'estava davant d'uns terrenys classificats com a urbans en els quals no s'havien acabat les actuacions d'execució conforme al sistema inicial d'execució, aquesta circumstància objectiva assoleix al nexe causal i és la que va portar a aquesta Sala -com també ara a entendre aplicable el règim indemnitzatori de l'article 25.1 de la Llei del Terra de 2007, temperant l'abast del rescabalament.»

Per tot això es considera que, en la mesura que parlem de la mateixa zona en un i un altre plet, el Tribunal decideix estimar parcialment el contenció i remetre's, per a l'execució de sentència, als termes del fonament 18º de la sentència de 8 de juny de 2015 del Tribunal Suprem.

Tot això suposa l'anul·lació de la desestimació presuma, per la ficció legal del silenci administratiu, per la seva disconformitat amb l'ordenació jurídica, i es condemna a l'Administració al pagament de les despeses de projecte legalment indemnitzables, que seran molt inferiors a la pretensió inicial de la mercantil reclamant.