



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 701/2017, de 24 de abril de 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 3369/2015

SUMARIO:

Adaptación de PGOU a las determinaciones de un PORN. Servidumbre de acceso al mar. Recurso directo e indirecto. No cabe confundir un recurso directo contra una disposición de carácter general (lo que es un auténtico recurso contra la norma) con un recurso indirecto (que no constituye propiamente un recurso contra la norma sino contra su acto de aplicación, con base en la ilegalidad de aquélla; en este caso, la ilegalidad de la disposición no se esgrime como una pretensión autónoma sino sólo como un motivo de impugnación del acto). Al impugnar un acto administrativo que hace aplicación de una norma reglamentaria cabe, ciertamente, impugnar también ésta, pero sólo en tanto en cuanto la ilegalidad de dicha norma sea causa, o una de las causas, en que se funda la imputación de la desconformidad a Derecho del acto recurrido. En consecuencia, solo cuando se procede a la impugnación de un acto de aplicación de la anterior norma reglamentaria resulta procedente el recurso indirecto contra la misma; sin que ello resulte así en supuestos, como el de autos, en el que la impugnación directa se realiza respecto de una solicitud de modificación de la norma reglamentaria, y no respecto de un acto de aplicación de aquella. Ha de haber, pues, una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y de desconformidad a Derecho del acto de aplicación. Por tanto, en la llamada impugnación indirecta de Reglamentos no cabe formular en abstracto, sin esa conexión con el acto administrativo directamente impugnado, imputaciones de ilegalidad de la norma reglamentaria. Si bien la Ley de Costas establece la garantía del uso público del mar y de su ribera, también permite determinadas excepciones debidamente justificadas. Resultando que existe una discrepancia entre el instrumento de ordenación urbanística y el instrumento de ordenación ambiental, debemos atender a las técnicas que el ordenamiento jurídico regula para su resolución, ello implica una superioridad del planeamiento medioambiental sobre el urbanístico (reflejo de la preponderancia de los valores medioambientales sobre los de mera ordenación del territorio, como ha reconocido la jurisprudencia), y que el planeamiento urbanístico ha de adaptarse a lo establecido en el planeamiento medioambiental. El planeamiento ecológico se conecta con la competencia de ordenación territorial en lo que hace a la función genérica de ordenación del espacio. A este respecto cabe reseñar que el carácter indicativo de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales se explica adecuadamente por conexión con la competencia de ordenación territorial, cuyas determinaciones no pueden menoscabar los ámbitos de competencias reservados al Estado ex art. 149.1 CE con incidencia espacial o territorial, pero que, correlativamente, tampoco pueden ser ignoradas por las distintas Administraciones públicas. A su vez, la posición supraordenada de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales respecto de otros instrumentos de ordenación territorial o física es lógica consecuencia de la finalidad ambientalista a la que sirven.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 6.



www.civil-mercantil.com

Ley 22/1988 (Ley de Costas), arts. 2, 28.2, 31, 33.

Ley 4/1989 (Conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestre), art. 5.

Ley 30/1992 (LRJPAC), art. 82.2.

Ley 42/2007 (Patrimonio Natural y Biodiversidad), art. 18

Ley Baleares 5/2005 (Conservación de Espacios de Relevancia Ambiental), art. 22

PONENTE:

Don Cesar Tolosa Tribiño.

Magistrados:

Don JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ
Don RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE
Don JUAN CARLOS TRILLO ALONSO
Don WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY
Don INES MARIA HUERTA GARICANO
Don CESAR TOLOSA TRIBIÑO
Don MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de abril de 2017

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación número 3369/2015, formulado por el Sr. Procurador D. Manuel Álvarez-Buylla Ballesteros, en la representación que ostenta del AYUNTAMIENTO DE POLLENÇA, contra la sentencia de quince de septiembre de dos mil quince, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en el recurso nº 122/2013, sostenido contra la desestimación presunta de la solicitud de la mercantil MENANI, S.A. -de 25 de noviembre de 2011- en cuanto a la servidumbre de acceso al mar a través del Camino de Ternelles; habiendo sido parte recurrida la mencionada MENANI, S.A., a través de la Procuradora Dña. María Dolores de Haro Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, dictó sentencia en el recurso 122/2013, con fecha quince de septiembre de dos mil quince, cuyo Fallo es del siguiente tenor:

"PRIMERO: DESESTIMAMOS LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO DENUNCIADA POR EL AYUNTAMIENTO DE POLLENÇA.

SEGUNDO: ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO seguido a instancias de MENANI S.A. contra la desestimación presunta de la solicitud planteada por la mercantil recurrente ante el Ayuntamiento de Pollença el 25 de noviembre de 2011.

TERCERO: ANULAMOS el acto presunto impugnado por no ser acorde a derecho.



www.civil-mercantil.com

CUARTO: EXCLUIMOS de las previsiones del PGOU la servidumbre de acceso al mar a través del Camino de Ternelles.

QUINTO: Todo ello sin hacer pronunciamiento de las costas en esta única instancia. Notifíquese esta Resolución y (...)"

Notificada dicha sentencia, la recurrente presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando se tuviese por preparado el correspondiente recurso de casación, a ello se accedió por resolución de veintidós de octubre de dos mil quince, en la que se acordaba el emplazamiento de los interesados para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

Segundo.

Dentro del plazo al efecto concedido, el AYUNTAMIENTO DE POLLENÇA sostiene el recurso en base a los motivos que, en síntesis, expresa de la siguiente manera:

"Primero.- Al amparo del art. 88.1.d) de la Ley 29/1 998, L.J.C.A., por infracción del mismo art. 26.1 de la misma Ley Jurisdiccional, (...) al no ser el acto administrativo presunto directamente impugnado el acto de aplicación que exige el art. 26.1 de la L.J.C.A . como requisito para la admisibilidad de la impugnación indirecta de disposiciones generales y no pudiendo tenerse como tal la aplicación efectiva de la servidumbre de acceso al mar contemplada en el P.G.O.U. de Pollença al ser una simple consecuencia derivada de la ejecutividad del mismo y de su carácter normativo y vinculante, es por lo que considera esta parte que la sentencia recurrida, al desestimar la inadmisibilidad del recurso alegada por esta parte, infringió el mencionado art. 26.1 de la L.J.C.A .

Segundo.

Al amparo del artículo 88.1.c) de la L.J.C.A ., por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al incumplir la misma la exigencia de claridad y precisión que impone el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, al haber incurrido la misma en incongruencia interna, definida en las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14.11.2011 (Secc. 6ª, recurso 2910/2008) y 10.07.2012 (Secc. 5ª, recurso 2483/2009), entre otras muchas.

Tercero.

Al amparo del art. 88.1.d de la Ley 29/1998 , L.J.C.A., por infracción del art, 2.b), en relación con los arts. 31.1 y 33.1. todos de la Ley 22/1988, de Costas , y el art 82.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ; y por infracción del art. 6 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial .

Cuarto.

Al amparo del art. 88.1.d) de la Ley 29/1998 , L.J.C.A., por infracción del art. 18.2 (hoy 19.2) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad , en lo que se refiere al pronunciamiento Cuarto del Fallo de la sentencia a recurrir en casación.



www.civil-mercantil.com

Como ya manifestamos en el escrito de preparación de este recurso de casación, este motivo se formula con carácter subsidiario para el caso de inadmisión o desestimación de los tres anteriores."

Tercero.

El día dos de junio de dos mil dieciséis se dictó Auto en el que, textualmente, se acordaba:

"Primero.- No acceder a la solicitud de inadmisión del recurso formulada por la recurrida, MENANI S.A.

Segundo.

Admitir a trámite el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Pollensa contra la sentencia de 15 de septiembre de 2015, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, dictada en el recurso nº 122/2013 y, para su sustanciación, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos, con imposición de costas en los términos expuestos en el último razonamiento jurídico. "

Cuarto.

Recibidas las actuaciones en esta Sección, se dio el oportuno traslado a la recurrida, MENANI, S.A., que presentó su oposición a todos y cada uno de los motivos alegados de contrario. Tras la oportuna tramitación, se dejó el asunto pendiente de señalamiento, a cuyo fin se fijó, para su deliberación, votación y fallo, el diecinueve de abril de dos mil diecisiete, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso la sentencia de quince de septiembre de dos mil quince, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en el recurso nº 122/2013 , sostenido contra la desestimación presunta de la solicitud de la mercantil MENANI, S.A. -de 25 de noviembre de 2011- en cuanto a la servidumbre de acceso al mar a través del Camino de Ternelles.

Segundo.

Los hechos de los que se parte para la resolución del debate son, según la sentencia de instancia, los siguientes:

"1º.- La mercantil Menani SA es propietaria de las fincas conocidas en su conjunto como Ternelles que está integrada por cuatro fincas registrales, a saber, la registral nº 3727, la nº 15167, la nº 1700 y la nº 1682 todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad de Pollença. Todos los caminos que la cruzan son propiedad privada de la mercantil. Así lo ha declarado la Jurisdicción Civil en sentencia firme de 20 de octubre de 2011 del Juzgado de



www.civil-mercantil.com

Primera Instancia nº 2 de Inca en autos de Juicio Ordinario 282/2010, confirmada por la Sentencia nº 47/2013 de 4 de febrero de la Audiencia Provincial Sección Cuarta, y Sentencia del TS de la Sala Primera nº 98/2015 dictada en recurso de casación 914/2013 que desestimó la casación interpuesta contra la Sentencia de la Audiencia Provincial.

2º.- En cuanto a la servidumbre de paso para acceso al mar por el camino de Ternelles la sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Inca declara:

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

3º.- En torno a la servidumbre de acceso al mar que atraviesa la finca Ternelles, el PGOU de Pollença aprobado definitivamente con prescripciones por la Comisión Provincial de Urbanismo en sesión de 14 de septiembre de 1990, establecía en la prescripción 6 que "los accesos a la Costa Norte deben continuar siendo privados en defensa de sus valores ambientales". Contra esa prescripción interpuso recurso contencioso el Ayuntamiento de Pollença tramitándose en esta Sala el recurso contencioso nº 658/1991 que fue desestimado por Sentencia de 20 de marzo de 1993, contra la que se interpuso recurso de casación, que fue resuelto en Sentencia del TS de 18 de octubre de 2001 (recurso de casación 2.697/1997). Esa sentencia estimó parcialmente la casación planteada por el Ayuntamiento de Palma contra la Sentencia de la Sala y anuló el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares de 14 de septiembre de 1990 que aprobó definitivamente el PGOU de Pollença, ordenando la retroacción de las actuaciones para que respetando el Acuerdo tomado por el Ayuntamiento de Pollença se le adicionaran las determinaciones precisas para asegurar el uso público idóneo de los bienes afectados por la Resolución impugnada.

4º Como consecuencia de la retroacción ordenada en la Sentencia del Alto Tribunal, se firmó un Convenio entre el Ayuntamiento de Pollença, el Consell Insular de Mallorca y la UIB para conformar un estudio técnico sobre la accesibilidad al mar por las fincas de Ariant y Ternelles y definir los criterios de preservación de sus valores naturales y culturales, estudio que fue realizado por el Catedrático del Departamento de Biología D. Casiano y por el biólogo D. Francisco .

5º.- A la vista de ese estudio, el Consell Insular de Mallorca en ejecución de la sentencia del TS de 18 de octubre de 2001, en sesión de 26 de julio de 2006 adoptó el Acuerdo que adicionó las correspondientes prescripciones y limitaciones en orden al aseguramiento del uso público idóneo de los bienes afectados, entre ellos el camino de Ternelles. Y como fuere que la mercantil recurrente Menani SA no estuviere conforme con ese Acuerdo, lo impugnó dictándose Acuerdo del Consell Executiu del Consell Insular de Mallorca el 27 de noviembre de 2006 que inadmitió la alzada interpuesta contra la Resolución de 26 de julio de 2006, que fue a su vez impugnado ante la jurisdicción contenciosa tramitándose el PO 9/2007 que fue resuelto en Sentencia de esta Sala nº 629/2008 de 5 de noviembre que lo desestimó, confirmando la legalidad de los actos impugnados.

6º.- El Decreto 19/2007 de 16 de marzo aprobó el Plan de Ordenación de Recursos Naturales de la Serra de Tramontana (PORN) publicado en el BOIB nº 54 extr. de 11 de abril de 2007. La adaptación del PGOU al Plan Territorial Insular está en trámite todavía. Por lo tanto la sentencia nº 629/2008 de 5 de noviembre dictada por esta Sala no entró a valorar la incidencia que el PORN tiene sobre el Acuerdo del Consell Insular de 28 de julio de 2006 impugnado en el PO 9/2007, por ser la aprobación del PORN posterior a dicho Acuerdo impugnado en dicho recurso contencioso.

7º.- La parte actora presentó el 25 de noviembre de 2011 ante el Ayuntamiento de Pollença escrito en el que pretendía la adaptación del PGOU de Pollença al PORN y que se



www.civil-mercantil.com

suprimiera del planeamiento municipal la posibilidad de constituir la servidumbre peatonal de paso en la finca de Ternelles. Esa solicitud no fue contestada por el Ayuntamiento y su desestimación presunta es el acto objeto de impugnación en el presente recurso contencioso".

Tercero.

La recurrente considera que las prescripciones del PGOU de Pollença relativas a la servidumbre de acceso al mar por la finca de Ternelles legitima el paso de peatones por zonas de exclusión previstas en el PORN, lo cual, entiende, está prohibido por el artículo 22 de la Ley 5/2005 de Conservación de Espacios de Relevancia Ambiental y por los artículos 7 a 10 y 62 a) del PORN.

Sostiene que la aprobación del PORN posterior al Acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo de 28 de julio de 2006 dictado en ejecución de la sentencia del TS de 18 de octubre de 2001 , Acuerdo que fue confirmado por la Sentencia firme de esta Sala 629/2008 de 5 de noviembre , ha comportado que la previsión del PGOU sobre la constitución de servidumbre de acceso al mar deviniese de imposible cumplimiento, toda vez que está prohibido llegar al mar por dicho camino y no es posible transitar por su último tramo (el contiguo al mar) ni acceder a la franja costera, ya que ello sería constitutivo de una infracción leve tipificada en el artículo 50 de la LECO, produciéndose una flagrante contradicción entre las previsiones del PGOU y las del vigente PORN.

En consecuencia y debido a esa manifiesta contradicción, la actora sostiene que el PGOU viene obligado a adaptarse a lo establecido en el Plan de Ordenación de Recursos Naturales por ser éste un instrumento de planeamiento de superior rango en la prevalencia de la protección ambiental sobre ordenación territorial y urbanística y en la incorporación del principio de precaución todo ello de conformidad con la ley 42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Por ello la recurrente considera que ha de suprimirse la servidumbre de paso de acceso al mar, por lo que en la demanda solicita se declare no conforme a derecho la denegación presunta de la solicitud presentada y por lo tanto se excluya de las previsiones del PGOU de Pollença la servidumbre de acceso al mar a través del Camino de Ternelles o subsidiariamente, se ordene a la Administración municipal demandada a que proceda a la necesaria adaptación en el plazo de dos meses.

Se opondrá a ese planteamiento la defensa del Ayuntamiento demandado. Considera en primer lugar que la pretensión principal de la recurrente consistente en la exclusión de la servidumbre de acceso al mar de las previsiones del PGOU resulta inadmisibles pues con tal pretensión la parte actora ha hecho una impugnación indirecta del planeamiento municipal, y ello sin que haya habido ningún acto de aplicación del mismo, pues la solicitud denegada por silencio en absoluto es asimilable a un acto de aplicación y/o ejecución del PGOU. Y en cuanto a la petición subsidiaria de que se adapte el PGOU al PORN resulta inestimable, por cuanto se fundamenta en una contradicción que según el Ayuntamiento no existe, ni es tal contradicción.

Cuarto.

La sentencia comienza con el análisis del debate por la inadmisibilidad del recurso denunciado por la demandada, causa que es desestimada con el siguiente razonamiento: "Siendo cierto que la impugnación indirecta de una disposición general precisa como punto de partida e ineludible de un acto de aplicación, a partir del cual es posible la impugnación indirecta de aquella disposición general, todo ello de conformidad con el artículo 26 de la LJCA , en el presente caso el acto de aplicación coincide con la propia existencia de la servidumbre



www.civil-mercantil.com

de paso para acceso al mar, gravamen que constituye una limitación de propiedad que padece la actora en la finca de Ternelles que le obliga a consentir y tolerar el paso de las personas y público en general, para acceder a la playa des Casteil o a la Fortaleza del Castell del Rei. El acto de aplicación del planeamiento es pues la propia existencia de la servidumbre que impone a la mercantil recurrente la obligación de consentir el paso al público en general a través de la finca de su propiedad. Y para que ello tenga efectividad no es preciso de ningún otro acto de aplicación administrativa, porque la limitación de propiedad reside específicamente en la propia servidumbre de paso que contempla el planeamiento general".

Quinto.

Continua la sentencia afirmando que "El debate de autos se residencia en examinar si sobre la base del PORN de la Serra de Tramuntana aprobado por Decreto 19/2007 de 16 de marzo, a la que el PGOU no se halla adaptado todavía, Plan de Ordenación que contempla una severa protección medioambiental en toda la Serra de Tramuntana donde se ubica ese concreto suelo, la servidumbre de paso para acceso al mar que contempla el PGOU sobre la base de lo establecido en el artículo 28-2 de la Ley de Costas , impuesta por Acuerdo del Conseli Insular de Mallorca de 26 de julio de 2006 y por lo tanto anterior a la entrada en vigor del PORN, resulta conforme a derecho. O si por el contrario resulta una contradicción flagrante entre ambas regulaciones de forma que o bien se haga imposible e inviable el acceso general público a través de ese suelo o de parte de él, precisamente por su alto valor medio ambiental, a cuyo efecto solicita la exclusión de la servidumbre de paso sobre dicha finca, pretensión principal del suplico de la demanda, o bien, si sería preciso adaptar y armonizar dicho acceso público con las condiciones necesarias que aseguren su alto valor ecológico y medio ambiental lo que comportaría una adaptación del PGOU al PORN, pretensión coincidente con la subsidiaria del suplico de esa demanda".

SEXTO: La sentencia para resolver tal cuestión, parte de los siguientes datos:

"1º.- El camino de Ternelles es un camino privado que discurre por la finca Ternelles que accede a la Platja Es Castell y a través de una bifurcación existente, accede también a la Fortaleza Castell del Rei.

El Camino de acceso a la fortaleza del Castell del Rei tiene 5'1 kilómetros de longitud medidos desde su inicio hasta esa fortaleza.

El camino de acceso a la playa de Es Castell tiene una longitud de unos 9 km aproximadamente desde su inicio hasta la citada Cala. Plano fotogramétrico de los caminos de la Finca nº 3 de la pericial (folio 324 de los autos).

2º.- Para acceder a esos dos lugares por dicho camino es preciso obtener autorización del Ayuntamiento de Pollença, previa solicitud de los interesados, formulada con 48 horas laborables de anticipación. El Ayuntamiento permite un trasiego máximo de 20 personas por día en dicho Camino de Ternelles. El acceso sólo se permite a pie, no pudiendo transitar por él ningún vehículo motorizado.

3º.- El camino de acceso a la platja de Es Castell según la pericial emitida por el Ingeniero Técnico Agrícola Sr. Rosendo (folio 322 de los autos) discurre 65 metros por Zona de exclusión ubicados todos ellos en su tramo final. Y hay un total de 2.864 m de longitud a lo largo de su total recorrido, repartidos en distintos tramos, que invaden zona de Uso limitado. Toda la zona limítrofe con la ribera del mar es Zona de Exclusión de forma que no es posible acceder al mar si no es cruzando esa zona.

4º.- Por su parte y según esa misma pericial (folio 322 de los autos) el camino de acceso al Casteli del Rei discurre durante 450 metros en zona de Exclusión y un total de 159



www.civil-mercantil.com

metros de longitud invaden zona de Uso Limitado. La fortaleza se encuentra ubicada en zona de Exclusión".

Séptimo.

La sentencia de instancia empieza por recoger la legislación aplicable, transcribiendo, a continuación, el contenido del PORN de la Serra de Tramuntana, para, en su Fundamento de derecho quinto, concretar que "el debate ha de examinarse desde la perspectiva, no tanto de si el camino atraviesa por Zona de Exclusión o no, que en mayor o menor longitud ya hemos dicho que sí la atraviesan, sino si es posible o no que el público en general pueda acceder como uso recreativo y de ocio a los enclaves de la Platja des Castell y al Castell des Rei, por encontrarse esos concretos parajes en Zona de Exclusión".

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

De la cartografía aportada a los autos se observa que toda la zona ribereña con el mar en ese concreto enclave es zona de Exclusión, por lo que el disfrute del baño en esas concretas aguas resulta un uso prohibido. En consecuencia en la medida que el camino que constituye la servidumbre de paso para acceso al mar, encontrándose la ribera marítima en zona de exclusión, la posibilidad de que el público en general pueda acceder a esa concreta zona y en particular a la playa des Casteil para las actividades propias en ese ámbito, actividades que tienen naturaleza lúdica y de recreo, al fin deviene un uso prohibido. Y ello porque así lo establece expresamente el PORN al calificar toda esa zona territorial como zona de exclusión, lo que equivale a un entorno de alto valor ambiental y digno de protegerse, pudiendo realizarse en ese espacio únicamente los usos que para esa zona contempla el citado Instrumento. Así pues el PORN ha comportado la contradicción entre ese planeamiento y la servidumbre de acceso al mar contemplada en el PGOU, en lo que concierne a todo el espacio que discurre por zona de exclusión, ya que no es posible que el público en general acceda al ámbito espacial de la zona de exclusión, y tanto la playa des Castell como la fortaleza se sitúan claramente en dicha zona. Y que el PRUG pueda establecer excepciones a la regla general conforme al artículo 61-3 del PORN no significa que pueda contemplar excepciones a la prohibición fijada en el apartado 2º del citado artículo, sino únicamente excepciones a la regla general fijada en el artículo 61-1 de ese planeamiento.

La imposibilidad de acceder el público al mar y a su ribera es una realidad que contempla el artículo 2 b) de la Ley 22/1 988 de Costas cuando establece que "La actuación administrativa sobre el dominio público marítimo terrestre perseguirá (...) garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo terrestre, sin más excepciones que las derivadas de interés público debidamente justificadas". El ámbito territorial del PORN incluye en la zona de Exclusión de ese concreto paraje a la zona de dominio público marítimo terrestre. Pues bien, si bien la Ley de Costas establece la garantía del uso público del mar y de su ribera, también lo es que la propia Ley de Costas permite determinadas



www.civil-mercantil.com

excepciones debidamente justificadas. Y el PORN ha contemplado esa excepción al disfrute recreativo del mar en esa concreta zona y aguas, y ello por encontrarse en un paraje de alto valor ecológico y ambiental, motivo por el cual se ha calificado de Zona de Exclusión.

Séptimo.

Y lo mismo ocurre en relación a la fortaleza del Castell del Rei que se encuentra en Zona de Exclusión. Si bien el Plan Territorial de Mallorca contempla el camino de acceso al Castell en la cartografía de rutas culturales y en concreto en la ruta de castillos, en el PORN esa fortaleza queda totalmente incluida en Zona de Exclusión, extremo este que es aceptado por todas las partes en el debate. Pues bien, el uso recreativo y cultural que supone la visita a las ruinas de ese castillo, es un uso prohibido para esa zona, dado su valor ecológico y medio ambiental, pues reconocimiento de la servidumbre de paso para acceder al mar no existe razón alguna para mantener el derecho de paso al público por el camino que conduce a la fortaleza hasta el límite de la zona de exclusión, porque ese camino es un camino privado, y la causa y razón de ser de la servidumbre que contempla el PGOU lo es para acceso al mar, que ya se ha dicho que en zona de exclusión es un uso prohibido en la actualidad.

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

Octavo.

Frente a la referida sentencia se interpone el presente recurso, basado en los siguientes motivos:

1º) Al amparo del art. 88.1.d) de la Ley 29/1 998, LJCA, por infracción del mismo art. 26.1 de la misma Ley Jurisdiccional, al no ser el acto administrativo presunto directamente impugnado el acto de aplicación que exige el art. 26.1 de la L.J.C.A . como requisito para la admisibilidad de la impugnación indirecta de disposiciones generales y no pudiendo tenerse como tal la aplicación efectiva de la servidumbre de acceso al mar contemplada en el P.G.O.U. de Pollença al ser una simple consecuencia derivada de la ejecutividad del mismo y de su carácter normativo y vinculante, por lo que la sentencia recurrida, al desestimar la inadmisibilidad del recurso, infringió el mencionado art. 26.1 de la L.J.C.A .

2º) Al amparo del artículo 88.1.c) de la L.J.C.A ., por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al incumplir la misma la exigencia de claridad y precisión que impone el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, al haber incurrido la misma en incongruencia interna.

3º) Al amparo del art. 88.1.d de la LJCA , por infracción del art. 2.b), en relación con los arts. 31.1 y 33.1. de la Ley 22/1988, de Costas , y el art. 82.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ; y por infracción del art. 6 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial .

4º) Al amparo del art. 88.1.d) de la Ley 29/1998 , L.J.C.A., por infracción del art. 18.2 (hoy 19.2) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad .

Noveno.

Entrando a analizar el primero de los motivos del recurso, el referido a la causa de inadmisibilidad alegada en relación con la impugnación indirecta del Plan, señala la parte recurrente que "Indiscutida la impugnación indirecta del Plan General de Ordenación Urbana de Pollença (expresamente alegada por la entidad actora en el fundamento jurídico procesal



www.civil-mercantil.com

primero de su demanda), la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo por falta del necesario acto de aplicación es resuelta en sentido desestimatorio en el apartado Primero del Fallo de la sentencia.

El motivo debe ser estimado, no sin antes realizar una serie de acotaciones acerca del verdadero objeto del recurso.

Es cierto que la parte recurrente, en su escrito de demanda, a fin de justificar la competencia de la Sala, hace referencia al ejercicio de una impugnación indirecta (por cierto única referencia a tal medio de impugnación en todas sus alegaciones) y que el Ayuntamiento, en su contestación, entendió que la pretensión principal ejercitada en la demanda, esto es, la exclusión de las previsiones del PGOU de la servidumbre de acceso al mar, no era sino la impugnación indirecta del citado Plan, impugnación que carecía del sustento de la previa existencia de un acto de aplicación. Cabe resaltar igualmente que, en el escrito de conclusiones, la demandante se refiere a dicha inadmisibilidad con argumentos de tipo puramente genérico, obviando el verdadero óbice procesal planteado, en el que el Ayuntamiento vuelve a insistir en su escrito de conclusiones.

Respecto de la respuesta de la Sala, ya hemos dicho que resuelve la causa de inadmisibilidad razonando que "en el presente caso el acto de aplicación coincide con la propia existencia de la servidumbre de paso para acceder al mar; gravamen que constituye una limitación de propiedad que padece la actora en la finca de Ternelles ... el acto de aplicación del planeamiento es pues la propia existencia de la servidumbre que impone a la mercantil recurrente la obligación de consentir el paso al público en general a través de la finca de su propiedad. Y para que ello tenga efectividad no es preciso de ningún otro acto de aplicación administrativa, porque la limitación de propiedad reside específicamente en la propia servidumbre de paso que contemple el planeamiento general".

Décimo.

Conviene aclarar que el acto administrativo recurrido directamente, era la desestimación por silencio administrativo de la solicitud formulada por la entidad actora al Ayuntamiento de Pollença en fecha 25 de noviembre de 2.011 para que modificara su Plan General y para que en dicha modificación suprimiera del mismo la posibilidad de constituir la servidumbre peatonal de paso en la finca Ternelles.

Siendo tal el objeto del recurso y pese a lo alegado por las partes y resuelto en la sentencia, no nos encontrábamos ante ningún tipo de impugnación indirecta, sino ante una mera solicitud de modificación (que no impugnación) del planeamiento por su disconformidad sobrevenida con un instrumento de planificación ambiental (PORN). No obstante, la Sala sí consideró que se ejercitaba tal impugnación indirecta y estimó que el acto de aplicación era la propia existencia de la servidumbre contemplada en el plan, esto es, entendió que el acto de aplicación era la propia previsión contenida en el Plan de la existencia de la servidumbre, conclusión que no podemos compartir.

No cabe confundir un recurso directo contra una disposición de carácter general (lo que es un auténtico recurso contra la norma) con un recurso indirecto (que no constituye propiamente un recurso contra la norma sino contra su acto de aplicación, con base en la ilegalidad de aquélla; en este caso, la ilegalidad de la disposición no se esgrime como una pretensión autónoma sino sólo como un motivo de impugnación del acto). Por ello, en las SSTS de 10 de diciembre de 2002 y 27 de octubre de 2003 señalamos que "Al impugnar un acto administrativo que hace aplicación de una norma reglamentaria cabe, ciertamente, impugnar también ésta, pero sólo en tanto en cuanto la ilegalidad de dicha norma sea causa, o una de las causas, en que se funda la imputación de la disconformidad a Derecho del acto recurrido".



www.civil-mercantil.com

En consecuencia, solo cuando se procede a la impugnación de un acto de aplicación de la anterior norma reglamentaria resulta procedente el recurso indirecto contra la misma; sin que ello resulte así en supuestos, como el de autos, en el que la impugnación directa se realiza respecto de una solicitud de modificación de la norma reglamentaria, y no respecto de un acto de aplicación de aquella.

Ha de haber, pues, una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y de disconformidad a Derecho del acto de aplicación. Por tanto, en la llamada impugnación indirecta de Reglamentos no cabe formular en abstracto, sin esa conexión con el acto administrativo directamente impugnado, imputaciones de ilegalidad de la norma reglamentaria.

DECIMOPRIMERO.- Estimado el presente el primer motivo del recurso, procede que constituidos como Sala de instancia procedamos a resolver la cuestión en los términos en los que el litigio ha sido planteado en la misma.

Como señala la sentencia de instancia "El debate de autos se residencia en examinar si sobre la base del PORN de la Serra de Tramuntana aprobado por Decreto 19/2007 de 16 de marzo, a la que el PGOU no se halla adaptado todavía, Plan de Ordenación que contempla una severa protección medioambiental en toda la Serra de Tramuntana donde se ubica ese concreto suelo, la servidumbre de paso para acceso al mar que contempla el PGOU sobre la base de lo establecido en el artículo 28-2 de la Ley de Costas , impuesta por Acuerdo del Conseli Insular de Mallorca de 26 de julio de 2006 y por lo tanto anterior a la entrada en vigor del PORN, resulta conforme a derecho. O si por el contrario resulta una contradicción flagrante entre ambas regulaciones de forma que o bien se haga imposible e inviable el acceso general público a través de ese suelo o de parte de él, precisamente por su alto valor medio ambiental, a cuyo efecto solicita la exclusión de la servidumbre de paso sobre dicha finca, pretensión principal del suplico de la demanda, o bien, si sería preciso adaptar y armonizar dicho acceso público con las condiciones necesarias que aseguren su alto valor ecológico y medio ambiental lo que comportaría una adaptación del PGOU al PORN, pretensión coincidente con la subsidiaria del suplico de esa demanda".

DECIMOSEGUNDO.- La Ley de Costas (LC), desde su promulgación en 1988, dispone un gran nivel de protección sobre el dominio público marítimo terrestre. Este nivel de protección se verifica inicialmente imponiendo con carácter general el art. 2 una serie de principios orientadores de toda actividad administrativa sobre el citado dominio. El artículo 2 ordena, por lo que aquí mayormente interesa, que "La actuación administrativa sobre el dominio público marítimo-terrestre perseguirá los siguientes fines:

a) Determinar el dominio público marítimo-terrestre y asegurar su integridad y adecuada conservación, adoptando, en su caso, las medidas de protección, y restauración necesarias y, cuando proceda, de adaptación, teniendo en cuenta los efectos del cambio climático.

b) Garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo-terrestre, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas.

c) Regular la utilización de estos bienes en términos acordes con su naturaleza, sus fines y con el respeto al paisaje, al medio ambiente y al patrimonio histórico.

d) Conseguir y mantener su adecuado nivel de calidad de las aguas y de la ribera del mar.

Conforme a estos principios, el art. 31.1 establece que " La utilización del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquél, tales como pasear, estar, bañarse,



www.civil-mercantil.com

navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta Ley".

Sentado lo anterior, sostiene el Ayuntamiento que "una prohibición no limitada en el tiempo y en el espacio, como es la contenida en el PORN de la Serra de Tramuntana, no es acorde con lo que la Ley de Costas permite como excepciones a la garantía del uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo terrestre", añadiendo a continuación que "si el uso público, libre y gratuito para usos comunes que establece el art. 33.1 de la Ley de Costas no presenta reparo competencial alguno al sustentarse en la competencia exclusiva del Estado para establecer el régimen jurídico del dominio público de su titularidad (STC 149/1991), las normas dictadas por las Comunidades Autónomas con arreglo a sus competencias únicamente podrán regular, en su caso, la forma de utilización común del demanio, pero no podrán prohibirla o excluirla completamente sin limitación alguna de espacio o tiempo porque tal prohibición resulta contraria a la legislación básica del Estado", por lo que concluye que el PORN de la Serra de Tramuntana contraviene el art. 2.b), en relación con el art. 31.1, ambos de la Ley de Costas , e incurre en un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta por su contradicción con un precepto básico estatal.

Por las mismas razones, alega igualmente que, también incurre en causa de inconstitucionalidad mediata el PORN de la Serra de Tramuntana al infringir el art. 33.1 de la Ley de Costas , en cuanto prohíbe las playas de uso privado.

DECIMOTERCERO.- Como hemos señalado, de conformidad con el artículo 31 de la Ley de Costas , la utilización del dominio público marítimo terrestre y, en todo caso, del mar y de su ribera -por tanto, también de las playas- será libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquél, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las disposiciones aplicables.

Estas reglas generales se precisan para las playas en el artículo 33 de la misma Ley , puesto que taxativamente se proclama que: "las playas no serán de uso privado" , sin perjuicio de lo previsto para las reservas demaniales. Esta regla no impide que se limite el acceso y el uso público por razones de interés general, como la conservación medioambiental (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 , empalizada Parque de Doñana) o la defensa nacional.

En este caso, debemos concluir que la imposición de prescripciones restrictivas o impeditivas de acceso público al mar y a su ribera es una realidad que contempla el artículo 2 b) de la Ley 22/1988 de Costas cuando establece que "La actuación administrativa sobre el dominio público marítimo terrestre perseguirá (...) garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo terrestre, sin más excepciones que las derivadas de interés público debidamente justificadas", interés que obviamente está presente en los valores medioambientales y su protección.

En definitiva, si bien la Ley de Costas establece la garantía del uso público del mar y de su ribera, también lo es que la propia Ley de Costas permite determinadas excepciones debidamente justificadas.

En este caso, el PORN, que ha de recordarse no forma parte del objeto de enjuiciamiento en este proceso, ha contemplado esa excepción al disfrute recreativo del mar en esa concreta zona y aguas, y ello por encontrarse en un paraje de alto valor ecológico y ambiental, motivo por el cual se ha calificado de "Zona de Exclusión".



www.civil-mercantil.com

DECIMOCUARTO.- Resultando, en consecuencia, que existe una discrepancia entre el instrumento de ordenación urbanística y el instrumento de ordenación ambiental, debemos atender ahora a las técnicas que el ordenamiento jurídico regula para su resolución.

La relación entre los planes urbanísticos y los planes de ordenación de los recursos naturales, se contempla en el Art. 5 de la Ley 4/89, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre que establece:

"1. Los efectos de los Planes de ordenación de los recursos naturales tendrán el alcance que establezcan sus propias normas de aprobación.

2. Los Planes de ordenación de los recursos naturales a que se refiere el artículo anterior serán obligatorios y ejecutivos en las materias reguladas por la presente Ley, constituyendo sus disposiciones un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, cuyas determinaciones no podrán alterar o modificar dichas disposiciones. Los instrumentos de ordenación territorial o física existentes que resulten contradictorios con los Planes de ordenación de los recursos naturales deberán adaptarse a éstos. Entre tanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los Planes de ordenación de los recursos naturales se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre los instrumentos de ordenación territorial o física existentes.

3. Asimismo, los citados Planes tendrán carácter indicativo respecto de cualesquiera otras actuaciones, Planes o programas sectoriales y sus determinaciones se aplicarán subsidiariamente, sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior."

DECIMOQUINTO.- Ello implica no solo una superioridad del planeamiento medioambiental sobre el urbanístico (reflejo de la preponderancia de los valores medioambientales sobre los de mera ordenación del territorio, como ha reconocido la jurisprudencia, así Sentencia del Tribunal Constitucional 102/95, de 26 de junio y Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989), sino el que el planeamiento urbanístico ha de adaptarse a lo establecido en el planeamiento medioambiental.

En este sentido la STC 306/2000, de 12 de diciembre, establece que "El planeamiento ecológico regulado en el Título II LCEN se conecta con la competencia de ordenación territorial en lo que hace a la función genérica de ordenación del espacio [SSTC 77/1984, FJ 2 ; 149/1991, FJ 1 b); 36/1994, FJ 3 ; 28/1997, FJ 5, y 149/1998, FJ 3]. A este respecto cabe reseñar que el carácter indicativo de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales (art. 5.3 LCEN) se explica adecuadamente por conexión con la competencia de ordenación territorial, cuyas determinaciones no pueden menoscabar los ámbitos de competencias reservados al Estado ex art. 149.1 CE con incidencia espacial o territorial, pero que, correlativamente, tampoco pueden ser ignoradas por las distintas Administraciones públicas [SSTC 149/1991, FJ 1 b); 40/1998, FJ 30, y 149/1998, FJ 3]. A su vez, la posición supraordenada de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales respecto de otros instrumentos de ordenación territorial o física (art. 5.2 LCEN) es lógica consecuencia de la finalidad ambientalista a la que sirven (STC 102/1995, FJ 13)".

Por lo hasta aquí razonado, procede estimar la pretensión contenida en la demanda relativa a la necesidad de que por la administración competente se proceda a adaptar el PGOU de Pollensa, en las concretas determinaciones objeto del recurso a las prescripciones contenidas en el PORN de la Serra de la Tramontana, aprobado por Decreto 19/2007, de 16 de Marzo.

DECIMOSEXTO.- Comoquiera que el presente recurso de casación ha sido estimado, no procede formular pronunciamiento alguno respecto de las costas procesales, conforme a lo



www.civil-mercantil.com

prevenido por el artículo 139.2 de nuestra Ley jurisdiccional , sin que tampoco realicemos pronunciamiento acerca de las costas causadas en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Pollensa, contra la sentencia de quince de septiembre de dos mil quince, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en el recurso nº 122/2013 , sostenido contra la desestimación presunta de la solicitud de la mercantil MENANI, S.A. -de 25 de noviembre de 2011- en cuanto a la servidumbre de acceso al mar a través del Camino de Ternelles, que se casa y anula. Que estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por MENANI S.A, contra la desestimación presunta de la solicitud formulada el 25 de noviembre de 2011, sobre adaptación del PGOU de Pollensa, en cuanto a la servidumbre de acceso al mar a través del Camino de Ternelles, declarando la nulidad de la referida desestimación por ser contraria al ordenamiento jurídico y ordenando que por la administración competente se proceda a adaptar el PGOU de Pollensa, en las concretas determinaciones objeto del recurso a las prescripciones contenidas en el PORN de la Serra de la Tramontana, aprobado por Decreto 19/2007, de 16 de Marzo. No se hace imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez. Rafael Fernandez Valverde, Juan Carlos Trillo Alonso, Wenceslao Francisco Olea Godoy, Ines Huerta Garicano, Cesar Tolosa Tribiño, Mariano de Oro-Pulido y Lopez.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, D. Cesar Tolosa Tribiño , estando la Sala reunida en audiencia pública; Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.