Id Cendoj: 07040330012008100470

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Palma de Mallorca

Sección: 1

Nº de Recurso: 119/2005 Nº de Resolución: 628/2008

Procedimiento:

Ponente: FERNANDO NIETO MARTIN

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

**URBANISMO** 

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00628/2008

**SENTENCIA** 

Nº 628

En la ciudad de Palma, a cinco de noviembre de 2008.

ILMOS SRS.

**PRESIDENTE** 

D. Gabriel Fiol Gomila.

**MAGISTRADOS** 

D. Fernando Nieto Martín.

Da Carmen Frigola Castillón.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos nº.- 119/2005, dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de DON Fermín Y DOÑA Mónica , representados por el Procurador D. José Antonio Cabot Llambías y defendidos por el Letrado D. Josep Geli Villalonga.

Dispone del carácter de parte demandada el CONSELL INSULAR D'EIVISSA I FORMENTERA, representado por el Procurador D. José Luis Nicolau Rullán y defendido por la Letrada Dª Mª Teresa Torres.

Constituye el objeto del recurso una resolución dictada el dieciséis de noviembre de 2004 por la Comisión de Gobierno del Consell Insular d'Eivissa i Formentera que ha desestimado la vía de recurso alzada por los demandantes contra un acuerdo de la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio Histórico-Artístico de veintitrés junio 2004 que aprobó, con carácter definitivo, las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Sta Eulària des Riu.

La cuantía se fijó en indeterminada.

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTESDEHECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso el quince de febrero de 2005, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO. Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento jurídico, el acto administrativo impugnado.

TERCERO. Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO. Recibido el pleito a prueba se practicó la propuesta con el resultado que obra en autos.

QUINTO. Declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia.

Se ha señalado para la votación y fallo del proceso el día cuatro de noviembre de 2008.

### FUNDAMENTO S DE DERECHO

PRIMERO.- Da Mónica y D. Fermín cuestionan, en este proceso, la adecuación a Derecho de una resolución dictada el 16 de noviembre de 2004 por la Comisión de Gobierno del Consell Insular d'Eivissa i Formentera, que ha desestimado la vía de recurso alzada por los demandantes contra un acuerdo de la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio Histórico-Artístico de 23 junio 2004 que aprobó, con carácter definitivo, las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Sta Eulària des Riu.

En el suplico del escrito de demanda se pide al tribunal que declare (a):

"A) La supresión de los dos metros de ancho, manteniendo así el vial en su estado de 6 metros, ya que en nada perjudica el tramo con frente a la parcela de mi representado, toda vez que dicho espacio viario no es de comunicación entre ámbitos de circulación intensa, y meramente para las parcelas a que da frente. B) Alternativamente, la ampliación del vial antecedente, con frente a la finca de mi representado, de 6 a 8 metros, fijando los dos metros de ampliación, dentro de las fincas situadas en frente, toda vez que mejora el trazado, evitando una curva en la entrada, y no perjudica las edificaciones existentes, ni la edificabilidad de las parcelas resultantes, sin perjuicio de fijar un ámbito de compensación con la delimitación de una UA".

De forma subsidiaria, solicita que bien en la fase declarativa bien en la de ejecución del proceso 119/2005 se establezca (b) el importe al que alcanza el perjuicio generado a los intereses económicos de los recurrentes como consecuencia de la aprobación de las NNSS de Santa Eulària, al perder una finca de su propiedad el carácter de edificable debido a la anchura que ostenta el vial litigioso.

En los Hechos y Fundamentos de Derecho explican que la ampliación del vial existente a costa de parte del terreno al que llega una parcela propiedad de los Sres. Mónica Fermín va a suponer la pérdida de edificabilidad de la misma como consecuencia de la anchura subsiguiente del solar, que incumple (c) los rasgos mínimos impuestos por la normativa urbanística aplicable.

Y esa ampliación no ha considerado que existen soluciones alternativas que habilitan (d) la posibilidad de edificar en la parcela de los demandantes, soluciones a las que - se alega - la doctrina jurisprudencial concede especial relevancia, reproduciendo, con esta perspectiva, parte del texto vigente en las SSTS, 3ª, Sección 1ª, de 11 octubre 1989, RJ 7356, STSJGalicia, Sección 2ª, de 2 marzo 2000 y STSJCataluña, Sección 2ª, de 2 febrero 2002 :

"... toda vez que dicho espacio viario no es de comunicación entre ámbitos de circulación intensa, y meramente para las parcelas a que da frente" (Hecho IV, escrito de demanda).

- "... efectuando la total ampliación por la alineación opuesta de calle, toda vez que sería la menos perjudicial y de más fácil ejecución, pues la entrega de la alineación se produce en una zona verde, plaza circular, y evitaría la curva pronunciada que existe en la entrada opuesta de la calle" (Hecho III).
- SEGUNDO.- Accedemos a la pretensión de invalidez jurídica que los Sres. Mónica Fermín mantienen en el seno del recurso 119/2005.

Las razones que solidifican la decisión que toma el tribunal son las siguientes:

1.- La básica, que existe en el proceso una prueba pericial, de carácter imparcial, que demuestra, con certeza, la mayor congruencia y racionalidad de la solución propuesta por los peticionarios de la heterotutela judicial (que la anchura del vial que confronta con un solar de su propiedad se reduzca a seis metros), frente a la que aparece en las Normas Subsidiarias de planeamiento del municipio de Santa Eulària.

Esta prueba ha sido desarrollada por el arquitecto D. Esteban , quien analiza, con suficiente exhaustividad, de qué forma y por qué razones la "opción que mejor respeta la coherencia urbanística" - éste es el tenor de la primera pregunta que le fue formulada por parte de la defensa en juicio de los recurrente - es la de que los dos viales previstos dentro del ámbito del barrio Ses Torres, 2ª fase, del municipio de Santa Eulària, dispongan de una anchura de seis metros.

Éstas son las declaraciones más trascendentes que recoge dicho informe:

- "... Según información recabada del ayuntamiento de Santa Eulalia, la urbanización denominada "Barrio de Ses Torres" (...) fue consolidándose en dos fases. La primera es la que corresponde a la de ámbito de mayor extensión, con una red viaria de entre 8 y 10 m. de anchura, surgiendo la segunda como extensión de la primera, de ámbito mucho más reducido y con prácticamente un solo vial en el centro de la misma de 6 m. de anchura y que queda cortado en un "cul de sac" de forma elíptica como espacio verde público".
- "... En dicho plano, a instancias del Consell los viales de la primera fase están ya grafiados con 8 m. y 10 m. de anchura, con un solo vial de 12 m.".
- "En la segunda fase de la urbanización, donde va ubicado el solar de autos, los dos únicos viales tienen una anchura de 8 m".
  - "Inicialmente, los viales de la segunda fase (...) se proyectaron de 6 m. de anchura".
- "... La causa sin duda obedecía a que la primera fase, aparte de ser de mayor extensión, aglutinaba un previsible tráfico de vehículos mucho más intenso que el de la segunda fase, siendo además el único lugar desde donde se accede a la urbanización".
- "En cambio, la segunda fase, de mucha menor superficie, no requería unos viales de la anchura de los anteriores puesto que, sin previsión de continuidad hacia otra zona urbanizada, no exigía más que un acceso a cada uno de los solares de viviendas unifamiliares que en ellos confluyen. Dichas circunstancias se podían cumplimentar con una anchura de 6 m. de vial".
- "Los condicionantes expuestos podemos considerar que dotaban a la zona de una coherencia urbanística en previsión de las edificaciones que posteriormente se irían llevando a cabo, ya que distingue una primera fase que aglutina la recepción de accesos desde distintos lugares y crea un ámbito de circulación más amplio que el de la segunda fase con lo que se justifican los viales más anchos -, mientras que dicha segunda fase de ámbito mucho más restringido, se resuelve prácticamente con un solo vial central de 6 m. de anchura".
- "... Una futura ampliación hasta 8 m. del vial citado, el que da acceso al solar de la recurrente y a otros, va a suponer una intervención urbanística importante sobre un considerable número de solares, sin que se vislumbre un motivo que lo justifique como necesario".
  - "... Dicha intervención daría lugar a la ruptura de dicha coherencia física".
- "... Entre otras causas a favor de la coherencia que supone el mantenimiento del vial de anchura de 6 m., se puede añadir el que en un futuro no se vislumbre que dicha zona llegue a satisfacer las exigencia de un tráfico pesado en su interior, ya que no comunica con ningún otro núcleo cercano. Dentro del citado

vial, existe a unos 40 m. de distancia del solar de la recurrente el futuro espacio verde público que constituye el "cul de sac" grafiado como "61.1". Por tratarse de un final de calle con retorno sin previsión de continuidad, el vial de 6 m. se considera suficiente".

- "... Entre dichos cumplimientos, el nuevo "Código Técnico de la edificación (CTE)" en vigor, incide en todo lo que atañe a los anchos de viales y sus radios de giro para cumplimentar la Normativa contra incendios (...) El actual ancho de 6 m. con su fácil retorno en la confluencia con el espacio verde previsto, cumple con su cometido, ya que incluso sería suficiente de 5 m".
- "... Como consecuencia de todo lo expuesto, se puede considerar que el mantenimiento del vial con la anchura de 6 m. de la parcela de Autos, es la opción que respeta la coherencia urbanística existente".
- 2.- La defensa en juicio del Consell Insular d'Eivissa i Formentera no ha tratado, en el proceso, de que el perito judicial aclare extremos vinculados con la mayor congruencia y racionalidad de cada una de las dos opciones en juego (anchura del vial: 6 versus 8 metros), sino que las solicitudes formuladas al Sr. Esteban guardan relación con la posible edificabilidad de la parcela propiedad de los actores, una vez que las Normas de planeamiento municipal han fijado una anchura de 8 metros para el vial:
- "... Primera.- Aclare el perito en relación al extremo 3 de la pericial primera alternativa -, donde se manifiesta que la parcela resulta edificable, cuáles son las dimensiones (metros lineales) de todos los lados del triángulo que se dibuja. Segunda. Aclare el perito, que si con las dimensiones que resulten de este triángulo (...) la eventual vivienda que resultaría de esta primera alternativa a la parcela cumpliría los requisitos exigibles para ser habitable".
- 3.- La prueba pericial desarrollada en los autos 119/2005 tiene un peso justificativo suficiente como para, a su través, variar los términos de una disposición general, sobre todo cuando el contenido y declaraciones vigentes en esta prueba se pone en comparación con el sustrato justificativo al que se remite el escrito de contestación a la demanda que, en dicho lugar, ha presentado el Consell Insular d'Eivissa i Formentera.

Y es que, efectivamente, dicho escrito de contestación no refiere justificación alguna, de índole técnica o de congruencia con el modelo que han fijado las Normas Subsidiarias de planeamiento de Santa Eulària des Riu, como para asumir que el Ente público del que procede el acuerdo de aprobación definitiva de tales Normas ha demostrado que la opción por la que se decantó en ejercicio de la potestad administrativa, de índole discrecional, que le reconoce el Derecho al fijar una cierta regulación normativa dentro del ámbito del planeamiento urbanístico, dispone de unos tintes suficientes de racionalidad con los hechos determinantes aplicables al conflicto y con los objetivos que tratan de lograrse con el intermedio de la aprobación de las NNSS, objetivos delimitados, en gran medida, por las declaraciones que contenga la Memoria del plan.

a.- El escrito de contestación a la demanda reproduce, en primer término, el texto de los informes técnicos y jurídicos formulados por el Consell Insular d'Eivissa i Formentera al responder a la alegación planteada acerca de la anchura prevista para el vial existente en la 2ª fase del barrio de Ses Torres.

Este texto no justifica, de forma alguna - en términos materiales tangibles, concretos -, el por qué se obtiene una anchura de 8 metros, más allá del seguimiento del criterio genérico propuesto por las NNSS de aplicar las alineaciones viarias que incluye el Plan de Delimitación del Suelo Urbano:

- "... Informe: Es criterio general de las NNCC y SS el mantener las alineaciones viarias definidas por el PDSU excepción hecha de unos casos concretas que se señalan en el informe general y entre los que no se encuentra éste" (informe técnico, alegaciones recurrente).
- "... La discrecionalitat administrativa en aquest punt és de les més àmplies que poden troba-se (...) A major discrecionalitat, menor àmbit de control" (informe jurídico, alegaciones recurrente).
- "... és evident que les al.legacions que es fan en el recurs d'alçada no poden prosperar, la qual cosa queda ultraacreditada per l'informe técnic anterior que obliga a no acceptarles i a desestimar el recurs del tot i absolutament. En efecte, tot i l'escrit formulat, resulta que des d'un punt de vista tecnicourbanístic, i tambè jurídic, queda ben fonamentada la regulación que les NNCC i SS fan i les concretes derivaciones que d'elles se'n desprenen respecte als terrenys a qué es referiex el recurso de alçada" (informe jurídico, resolución alzada).

- b.- En cuanto a la Memoria de las Normas Subsidiarias, se reproducen entre otras las siguientes declaraciones:
- "... Dada la provisionalidad de su carácter y la urgencia con la que han de formularse y tramitarse, las NNCC y SS se han redactado en base a la información ya existente, constituida básicamente por la elaborada por los servicios técnicos municipales de cara al avance de la Revisión del PGOU, la elaborada por el Consell Insular en las fases previas de redacción del Plan Territorial Insular y la contenida en diversos estudios sectoriales como el estudio sobre capacidad de suelo vacante de la DGOT y otros, información que ha sido contrastada con la derivada de levantamientos fotográficos aéreos recientes así como la que resulta de un reducido trabajo de campo".

"En la fijación de las determinaciones de las NNCC y SS referentes a la clasificación y calificación del suelo urbano y especialmente en lo que a los usos de equipamiento se refieren, han sido determinantes las que se contenían en el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, en adelante PDSU, aprobado por el Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu en fecha 20.06.1988, la salvaguarda de los cuales, tal y como se señala en la Memoria del acuerdo por el que se solicita la suspensión, constituye uno de los objetivo del proyecto".

c.- Con este presupuesto justificativo, la defensa en juicio del Consell Insular de Mallorca mantiene que en el proceso 119/2005 existe prueba suficiente de que la solución que propugnan las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Santa Eulària no supera las lindes de discrecionalidad que el Derecho concede al legislador urbanístico, dada la suficiente justificación que avala el resultado jurídico que establecen dichas normas.

En términos de la página 9ª del escrito de contestación a la demanda:

- "... la plena legailtat d'allò recorregut es deriva de l'expedient administratiu (on queda plenament fonamentada el per què de no poder admetre les sucessives peticions que la part actora ha fet) (...) la impugnació que fa la part actora respecte al fet que es mantengui el vial existent (...) no pot ser ATESA, ja que és criteri general de les Normes complementàries i subsidiàries, tal i com s'assenyala d'una manera diàfana a la Memoria, el manteniment de les alineacions vidries definides pel Projecte de delimitación del sòl urbà (PDSU) de Santa Eulària des Riu de 1988, tret d'una sèrie de casos concrets que s'assenyalen a l'informe general i entre els quals no es troba el cas que aquí s'està tractant, com indiquen repetidament els serveis tècnics al llarg dels seus informes, la quel cosa obvia fer cap altre comentari o aprofundir en el que es diu, per ser notoris els diversos informes que ho confirmen"
- d.- Sin embargo, la solución que la Sala considera más plausible es la propuesta por la parte recurrente.

Y ello es así sobre la conjunción de dos presupuestos argumentales básicos.

El primero viene dado por la actividad de puesta en comparación entre el informe técnico prestado en el proceso y los datos técnicos que, para el Ente público que en él dispone del carácter de parte demandada (dentro de la fase de tramitación de las NNSS recurridas y dentro del ámbito de la Memoria de esas normas), justifican que la anchura del vial litigiosa sea de ocho metros

El segundo tiene que ver con el ámbito al que llegan las posibilidades de control de la potestad discrecional - como lo es, sin duda, aquélla en la que se inserta la decisión de establecer en ocho metros la anchura del vial previsto para la 2ª fase del barri de Ses Torres: planeamiento urbanístico -, y con la comprobación de que la restricción de la anchura de ocho a seis metros puede realizarse al amparo de tres de las herramientas jurídicas características que tanto el ordenamiento jurídico como la doctrina jurisprudencial han establecido en el ámbito de las potestades discrecionales: - control por los hechos determinantes; - control por la motivación; - control por la racionalidad de la medida propuesta por la Administración.

e.- Mientras que el Sr. perito judicial ha detallado, con precisión y suficiencia, las circunstancias que le permiten concluir que la solución que guarda una mayor coherencia urbanística es la de dotar al vial de la 2ª fase del barri de Ses Torres de una anchura de seis metros, los informes técnicos y jurídicos que obran en la controversia en ningún momento analizan la temática relativa a establecer si dispone de mayor sentido y congruencia con la ordenación propuesta el reducir la anchura de ocho a seis metros (tal como aparecía en una de las alegaciones a las Normas Subsidiarias) o mantener la anchura asignada de ocho metros, sino que se limita a darla por supuesto al mantener las NNSS el criterio de atenerse a las alineaciones del

Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano.

f.- Los hechos determinantes aplicables a la controversia han mostrado que: - entre la situación física y urbanística vigente en la 1ª fase del barri de Ses Torres y la que corresponde a la 2ª fase median diferencias de suficiente calado como para legitimar que entre la anchura de los viales previstos para esa 1ª fase y la que corresponde a los dos viales de la 2ª haya una diferencia como la que proponen los peticionarios de la heterotutela judicial (que se pase de ocho a seis metros); - el vial litigioso no pone en comunicación diversos espacios de terreno que cuenten con aprovechamiento urbanístico, sino que únicamente sirve para un número muy limitado de fincas urbanas, concluyendo en ellas su trazado y sentido.

La motivación inadecuada del resultado propuesto por el Consell Insular de Eivissa i Formentera tiene que ver con el tenor de los informes técnico y jurídico por medio de los que se contestó a la alegación que los recurrentes habían formulado en el seno de la tramitación del expediente administrativo, disolviéndose en argumentaciones genéricas, no atenidas al estricto objeto de petición.

En último término, la falta de racionalidad de la decisión tomada por el redactor de las NNSS surge, de nuevo, al comparar informe técnico prestado en el litigio por D. Esteban , arquitecto, e informes técnico y jurídico realizados por los servicios adscritos al *C.I.E. i* F., junto con la carencia de peso justificativo que, en dicho ámbito, ha de asignarse al criterio genérico de reproducir, sin más, la solución propuesta por el Proyecto municipal de Delimitación del Suelo Urbano o a la simple cita de los razonamientos que, desde una perspectiva y con una mirada mucho más amplia (no referido, por tanto, al objeto del conflicto), cifra la Memoria de las Normas Subsidiarias.

4.- Con el fin de garantizar el pronto cumplimiento de esta resolución, se establece en el punto quinto de la parte dispositiva de la sentencia un término máximo para que el Consell Insular d'Eivissa i Formentera modifique las NNSS de Santa Eulària en lo que hace al punto litigioso y publique este acuerdo en el Boletín Oficial de les Illes Balears (cfr., a este respecto, *artículo 71.1* .c) Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: "c) Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo").

De conformidad con lo establecido en el *artículo 139.1 Ley Jurisdiccional* , no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en estos autos a ninguno de los litigantes.

## **FALLAMOS**

- 1.- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DOÑA Mónica Y DON Fermín contra una resolución dictada el 16 de noviembre de 2004 por la Comisión de Gobierno del Consell Insular d'Eivissa i Formentera, que ha desestimado la vía de recurso alzada por los demandantes contra un acuerdo de la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio Histórico-Artístico de 23 junio 2004 que aprobó, con carácter definitivo, las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Sta Eulària des Riu.
- 2.- ANULAR estos actos administrativos, al ser contrarios a Derecho, en lo relativo exclusivamente a la anchura de los viales previstos en la 2ª fase del barri de Ses Torres.
- 3.- ESTABLECER que el Ente público demandado deberá variar los términos de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Santa Eulària des Riu, en el sentido de cambiar la anchura del vial que confronta con la parcela propiedad de los recurrentes sita en la 2ª fase del barri de Ses Torres en la totalidad de su recorrido -, de ocho metros (anchura prevista por las NNSS) a seis metros.
- 4.- CONCEDER al Consell Insular de Eivissa i Formentera un término máximo de tres meses, a contar desde el día siguiente a aquel en que se notifique esta resolución a su representante procesal, a los efectos de que dicte y publique en el BOIB el acuerdo con cuyo intermedio se produzca el cambio que hemos referido en el apartado 3º de los que contiene la parte dispositiva de esta sentencia.
- 5.- ORDENAR la publicación de la parte dispositiva de esta sentencia en el BOIB en el término de diez días a contar desde que se declare su firmeza (artículo 107.2 Ley Jurisdiccional).
- 6.- NO EFECTUAR imposición de las costas procesales causadas en el recurso a ninguno de los litigantes.

Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.



Nº 628

En la ciudad de Palma, a cinco de noviembre de 2008.

ILMOS SRS. PRESIDENTE D. Cabriel Floi Gomila. MAGISTRADOS D. Fernando Nieto Martin. Dª Carmen Frigola Castillón. JOSE A. CABOT LLAMBIAS LDO. EN DERECHO PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES NIF 18233323-G C/ Joek Ansetma Clave, 5 - 5º 1º Tel. 971 715309 Fax 971 710435 07002 Pelma de Malloroa E-mail: colon; commission)) siskenbaunet

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunei Superior de Justicia de Illes Balears los autos nº.- 11972005, dimanantes del racurso. contencioso administrativo seguido a instancias de DON VICENTE Y DOÑA CARMEN JUAN CARDONA, representados por el Procurador D. José Antonio Cabot Llambias y defendidos por el Letrado D. Josep Geli Villalonga.

Dispone del caràcter de parte demandada el CONSELL INSULAR D'EIVISSA I PORMENTERA, representado por el Procurador D. José Luis Nicolau Rullán y defendido por la Latrada Dª Mª Teresa Torres Torres.

Constituye el objeto del recurso una resolución dictada el discisóis de noviembre de 2004 por la Comisión de Gobierno del Consell Insular d'Elvissa i Formentera que ha desestimado la via de recurso alzada por los demandantes contra un acuardo de la Comisión insular de Ordanación del Territorio. Urbanismo y Patrimonio Histórico-Artistico de veintitrês junio 2004 que aprobó, con carácter definitivo, las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Sta Eutèris des Rlu.

La cuantia se fijó en indeterminada.

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponenta el Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martin, quien expresa ei parecer de la Sala.



## ANTECEDENTE'S DE HECHO

Jose H. Labor-Procureuur

PRIMERO. Interpuesto el recurso el quince de febrero de 2005, se la dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO. Rocibido el expediente administrativo, se puso de manificato el mismo en Secretarta a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que asi hizo en el plazo legal, elegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento juridico, el acto administrativo impugnado.

TERCERO. Dado trasiado del escrito de la demanda a la representación ua la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiêndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO. Recibido el pleito a prueba se praoticó la propuesta con el resultado que obra en autos.

QUINTO. Declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentancia.

Se ha sefialado para la votación y fallo del proceso el día cuatro de noviembre de 2008.

# FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Da Carmen y D. Vicente Juan Cardona cuestionan, en este proceso, la adecuación a Derecho de una resolución dictada el 16 de noviembre de 2004 por la Comisión de Gobierno del Consell Insular d'Elvissa I Formentera, que ha desestimado la via de recurso alzada por los demandames contra un acuerdo de la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio Histórico-Artistico de 23 junio 2004 que aprobó, con carácter definitivo, las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeemiento del municipio de Sta Eulárte des Riu.

En el suplico del escrito de demanda se pide al tribunal que deciare (a):

"A) La supresión de los cos metros de ancho, manteniendo así el vial en su estado de 6 metros, ya que en nada perjudica el tramo con frente a la parcela de mi representado, toda vez que dicho espacio vierio no es de comunicación entre ámbitos

ABMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

de circulación intensa, y meramente para las parcelas a que da frente. B)

Alternativamente, la ampliación del vial antecedente, con frente a la finca de mi
representado, de 6 a 8 metros, fijando los dos metros de ampliación, dentro de las
fincas altuadas en frente, toda vez que mejora el trazado, evitando una curva en la
entrada, y no perjudica las edificaciones existentes, ni la edificabilidad de las parcelas
resultantes, sin perjudico de fijar un ámbito de compensación con la delimitación de una
UA\*.

De forma subsidiaria, solicita que bien en la fase declarativa bien en la de ejecución del proceso 119/2005 se establezos (b) el importe al que alcanza el perjuicio generado a los intereses económicos de los recurrantes como consecuencia de la aprobación de las NNSS de Santa Eulária, al perder una finca de su propiedad el carácter de edificable debido a la anchura que ostenta el vial litigioso.

En los Hechos y Fundamentos de Derecho explican que la ampliación del vial existente a costa de parte del terreno al que llega una parcela propiedad de los Sres. Juan va a suponer la pérdida de edificabilidad de la misma como consecuencia de la anchura subelguiente del solar, que incumple (c) los rasgos minimos impuestos por la normative urbanistica aplicable.

Y esa ampliación no ha considerado que existen soluciones alternativas que habilitan (d) la posibilidad de edificar en la parcela de los demandantes, soluciones a las que - se alega - la doctrina jurisprudencial concede especial relevancia, reproduciendo, con esta perspectiva, parte del texto vigente en las SSTS, 3º, Sección 1º, de 11 octubre 1989, RJ 7356, STSJGalicia, Sección 2º, de 2 marzo 2000 y STSJGalalufia, Sección 2º, de 2 febrero 2002:

"... toda vez que dicho espacio vierio no es de comunicación entre ámbitos de circulación intensa, y meramente para las percelas a que da frente" (Hecho IV, escrito de demanda).

"... efectuando le total ampliación por la alineación opuesta de calle, toda vez que serie la menos perjudicial y de más fácil ejecución, pues la entrega de la alineación se produce en una zona verde, plaza circular, y eviterie la curva pronunciada que existe en la entrada opuesta de la calle" (Hecho III).

SEGUNDO.- Accedemos e la pretensión de invalidez jurídica que los Sres. Cardona mantienen en el seno del recurso 119/2005.



DMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Las razones que solidifican la decisión que toma el tribunal son las siguientes:

Le La básica, que existe en el proceso una prueba pericial, de carácter imparcial, que demuestra, con certeza, la mayor congruencia y racionalidad de la solución propuesta por los peticionarios de la haterotutela judicial (que la anchura del vial que confronta con un solar de su propiedad se reduzca a asis metros), frente a la que aparece en las Normas Subsidiarias de planeamiento del municipio de Santa Eularia.

Esta prueba ha sido desarrollada por el arquitecto D. Miguel Amengual Planas, quien analiza, con sufficiente extraustividad, de qué forma y por que razones la "opción que mejor respeta la coherencia urbanistica" – éste es el tenor de la primera pregunta que le fue formulada por parte de la defensa en juicio de los recurrente - es la de que los dos viales previstos dentro del ámbito del barrio Ses Torres, 2º rase, del municipio de Santa Eulària, diapongan de una anchura de seis metros.

Éstas son las declaraciones más trascendentes que recoge dicha informe:

- "... Según información recabada del ayuntamiento de Sante Eulalia, la urbanización denominada "Barrio de Ses Torres" (...) fue consolidándose en dos fases. La primera es la que corresponde a la de àmbito de mayor extensión, con una red viaria de entre 8 y 10 m. rie enchura, surgiendo la segunda como extensión de la primera, de ambito mucho más reducido y con prácticamente un solo vial en el centro de la misma de 6 m. de anchura y que queda cortado en un "cui de sac" de forme eliptica como espacio verde público".
- ... En dicho piano, a instancias del Consell los viales de la primera fase están ya grafiados con 8 m. y 10 m. de anchura, con un solo vial de 12 m.".
- "En la segunda fase de la urbanización, donde va ublcado el solar de autos, los dos únicos viales tienen una anchura de 8 mº.
- "Inicialmente, los viales de la segunda fase (...) se proyectaron de 6 m. de anchura".
- "... La causa sin duda obedecia a que la primera fase, aparte de ser de mayor exiansión, agiutinaba un previsible tráfico de vahiculos mucho más intenso que el de la segunda fase, siendo ademés el único lugar desde donde se accede a la urbanización".
- "En cambio, la segunde fase, de mucha menor superficie, no requerla unos viales de la anchura de los enteriores puesto que, sin previsión



de continuidad hecia otra zona urbanizada, no exigla más que un acceso e cada uno de los solares de viviendas unifamiliares que en ellos confluyen. Dichas circunstancias se podían cumplimentar con una anchura de 6 m. de vial".

- "Los condicionantes expuestos podamos considerar que dotaban a la zona de una coherencia urbanística en previsión de las edificaciones que posteriormente se irían llevendo a cabo, ya que distingue una primera fase que eglutina la recepción de accesos desde distintos lugares y crea un ámbito de circulación más amplio que el de la segunda fase con lo que se justifican los viales más anchos mientras que dicha segunda fase de ámbito mucho más restringido, se resuelve précticamente con un solo vial cantral de 6 m. de anchura".
- "... Una futura ampliación hasta 8 m. del vial citado, el que de acceso el solar de la recurrente y a ciros, ve a suponer una intervención urbanística importanta sobre un considerable número de solares, sin que se vislumbre un motivo que lo justifique como necesario".
- "... Dicha intervención daría lugar a la ruptura de dicha coherencia física".
- "... Entre otres causas a favor de la coherencia que aupone el mantenimiento del vial de anchure de 6 m., se puede añadir el que en un futuro no se vialumbre que diche zona llegue a satisfacer las exigencia de un trálico pesado en su interior, ya que no comunica con ningún otro núcleo cercano. Dentro del citado viel, existe a unos 40 m. de distancia del solar de la recumente el futuro espacio verde público que constituye el "cul de sac" grafiado como "61.1". Por tratarse do un final de calle con retorno sin previsión de continuidad, el vial de 6 m. se considera suficiente".
- "... Entre dichos oumplimientos, el nuevo "Cádigo Técnico de la edificación (CTE)" en vigor, incide en tedo lo que ataña a los anchos de viales y sus radios de giro para cumplimentar la Normalive contra incendios (...) El actual ancho de 6 m. con su fácil retorno en la confluencia con el espacio verde previsto, cumple con su cometido, ye que incluso sería suficiente de 5 m".
- "... Como consecuencia de todo lo expuesto, se puede considerar que el mantenimiento del viel con la anchura de 6 m. de la parcela de Autos, es le opción que respeta la coherencia urbanistica existente".



2.- La defensa en juicio del Consell Insular d'Eivissa i Formentera no ha tratado, en el proceso, de que el perito judicial aclare extremos vinculados con la mayor congruencia y racionalidad de cada una de las dos opciones en juego (anchura del vial: 6 versus 8 metros), sino que les solicitudes formuladas al Sr. Amengual Planas guardan relación con la posible edificabilidad de la parcela propiedad de los actores, una vez que las Normas de planeamiento municipal han fijado una anchura de 8 metros para el vial:

"... Primera.- Aclare el perito en relación al extramo 3 de la pericial primere alternative -, donde se menifiesta que la parcele resulta edificable, cuáles son las dimensiones (metros lineales) de todos los tados del triángulo que se dibuje Segunda. Actare el perito, que si con las dimensiones que resultan de este triángulo (...) la eventuel viviende que resultarla de esta primere alternative a la parcelé cumpliria los requisitos exigibles para ser habitable".

3.- La prueba pericial deserrollada en los autos 119/2005 tiene un peso justificativo suficiente como para, a su través, variar los términos de una disposición general, sobre todo cuando el contenido y declaraciones vigentes en esta prueha se pone en comparación con el sustrato justificativo al que se remite el escrito de contestación a la demanda que, en dicho lugar, he presentado el Consell Insular d'Elvissa i Formentera.

Y es que, efectivamente, dicho escrito de contestación no refiere justificación alguna, de inciole técnica o de congruencia con el modelo que han fijado las Normas Subsidiarias de planeamiento de Santa Eulária des Riu, como para asumir que el Ente público del que procede el acuerdo de aprobación definitiva de tales Normas ha demostrado que la opción por la que se decantó en ejercicio de la potestad administrativa, de Indole discrecional, que le reconoca el Derecho al fijar una cierta regulación normativa dentro del ámbito del plansamiento urbanistico, dispone de unos tintes suficientes de racionalidad con los hachos determinantes aplicables al conflicto y con los objetivos que tratan de lograrse con el intermedio de la eprobación de las NNSS, objetivos delimitados, en gran medida, por las declaraciones que contenga la Memoria del pian.

a.- El escrito de contestación a la demanda reproduce, en primer término, el texto de los informes técnicos y jurídicos tormulados por el Consell Insular d'Elvissa i

P. 010/014



Formentera al responder a la alegación planteada acerca de la anchura prevista para el vial existente en la 2º fase del barrio de Ses Torres.

Eate texto no justifica, de forma alguna — en términos materiales tangibles, concretos —, el por qué se obtiene una anchura de 8 metros, más allá del seguintiento del criterio genérico propuesto por las NNSS de aplicar las alineaciones viarias que incluye el Plan de Delimitación del Suelo Urbano:

- "... Informe: Es criterio general de las NNCC y SS el mantener las alineaciones viarias definidas por el PDSU excapción heche de unos casos concretas que se señalan en el informe general y entre los que no se encuentra este" (informe tácnico, alegaciones recurrente).
- "... Le discrecionalitat administrativa en aquest punt és de les més àmplies que poden troba-se (...) À mejor discrecionalitat, menor àmbit de control" (informe jurídico, alegaciones recurrente).
- "... és evident que les al.legacions que es fan en el recurs d'algade no poden prosperar, la quel cosa queda ultraacreditada per l'informe técnic anterior que obliga a no acceptartes i a desestimar el recurs del tot i absolutament. En efecte, tot i l'escrit formulat, resulta que des d'un punt de vista tecnicourbanistic, i també jurídic, queda ben fonamentada la regulación que les NNCC i SS fan i les concretes derivaciones que d'elles se'n desprenen respecte als terrenys a qué es referiex el recurso de alçada" (Informa jurídico, resolución alzada).

b.- En cuanto a la Memoria de las Normas Subsidiarias, sa reproducen -entre otras -- las siguientes declaraciones:

- "... Dada la provisionalidad de su carácter y la urgencia con la que han de formularse y tramitarse, las NNCC y SS se han redactado en base a la información ya existente, constituida básicamente por la elaborada por los servicios técnicos municipales de care al evence de la Revisión del PGOU, la elaborada por el Consell Insular en las fesses previas de redacción del Plan Territorial Insular y la contenida en diversos estudios sectoriales como el estudio sobre capacidad de sualo vacante de la DGOT y otros, información que ha sido contrastada con la derivada de leventamientos fotográficos aéreos recientes esi como la que resulta de un reducicio irabajo de campo".

"En la fijación de las determinaciones de les NNCC y SS referentes a la



clasificación y calificación del suelo urbano y especielmente en la que a los usos de equipamiento se refieren, han sido determinantes las que se contentan en el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, en adelante PDSU, aprobado por el Ayuntamiento de Santa Eulária des Riu en fecha 20.06.1988, la salvaguarda de los cuales, tal y como se señala en la Marnoria del acuerdo por el que se solicita la suspansión, constituye uno de los objetivo del proyecto".

c.- Con este presupuesto justificativo, la defensa en juicio del Consell Insular de Mallorca mantiene que en el proceso 119/2005 existe proebe suficiente de que la solución que propugnan las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Santa Eulària no supera las lindes de discrecionalidad que el Derecho concede al legislador urbanistico, dada la suficiente justificación que avala el resultado jurídico que establecen dichas normas.

En términos de la página 9º del escrito de contestación a la demanda:

"... la plena legalitat d'allo recorregut es deriva de l'expedient administratiu (on queda plenament fonamentada el per que de no poder admetre les successives peticions que la part actora ha fet) (...) la impugnació que fa la part actora respecte al fet que es mantengui el vial existent (...) no pot ser ATESA, ja que és criteri general de les Normes complementàries i aubsidièries, tal i com s'essenyale d'una manera diáfena a la Memoria, el menteniment de les alineacions vidries definides pel Projecte de delimitación del sòl urbà (PDSU) de Santa Eulària des Riu de 1988, tret d'una sèrie de casos concrets que s'assenyalen a l'informe general i entre els quels no es troba el cas que aqui s'està tractant, com indiquen repetidament els serveis técnics al llarg dels seus informes, la quel cosa obvia fer cap altre comentari o aprofundir en el que es diu, per ser notoris els diversos informes que ho confirmen"

d. Sin embargo, la solución que la Sala considera más plausible es la propuesta por la parte recurrente.

Y ello es así sobre la conjunción de dos presupuestos argumentales básicos.

El primero viene dado por la actividad de puesta en comparación entre el informe técnico prestado en el proceso y los datos técnicos que, para el Ente público que en él dispone del carácter de parte demandada (dentro de la fase de tramitación de las NNSS recurridas y dentro del ámbito de la Memoria de esas normas), justifican



que la anchura del vial litigiosa sea de ocho metros

El segundo tiene que ver con el ámbito al que llegan las posibilidades de control de la potestad discracional - como lo es, sin duda, aquélia en la que se inserta la decisión de establecer en ocho metros la anchura del vial previsto para la 2ª fase del bard de Ses Torres: planeamiento urbanístico -, y con la comprobación de que le restricción de la anchura de ocho a seis metros puede realizarse al amparo de tras de las herramientas jurídicas características que tanto el ordenamiento jurídico como la doctrina jurisprudencial han establecido en el ámbito de las potestades discrecionales: - control por los hechos determinantes; - control por la motivación; - control por la racionalidad de la medida propuesta por la Administración.

Sa: Mientras que el Sr. perito judiciel ha detallado, con precisión y suficiencia, las dircunstancias que le permiten conduir que la solución que guarda una mayor coherencia urbanística es la de dotar al vial de la 2ª fase del barri de Ses Torres de una anchura de seis metros, los informes tácnicos y jurídicos que obran en la controversia en ningún momento analizan la temática relativa a establecer si dispone de mayor sentido y congruencia con la ordenación propuesta el reducir la arichura de ocho a seis matros (tal como aperecia en una de las alegaciones a las Normas Subsidiarias) o mantener la anchura asignada de ocho metros, sino que se limita a daria por supuesto al mantener las NNSS el criterio de atenerse a las alineaciones del Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano.

1.- Los hechos determinentes aplicables a la controversia han mostrado que: - entre la situación fielos y urbanística vigento en la 1º fase del barri de Ses Torres y la que corresponde a la 2ª fase medien diferencias de suficiente calado como para legitimer que entre la anchura de los viales previstos para esa 1º fase y la que corresponde à lue dos viales de la 2ª haya una diferencia como la que proponen los peticionarios de la heterotutela judicial (que se pase de ocho a seis metros); - el vial litigloso no pone en comunicación diversos espacios de terreno que cuenten con aprovechemiento urbanístico, sino que únicamente sirve para un número muy limitado de fincas urbanes, concluyendo en ellas su trazado y sentido.

La motivación inadecuada del resultado propuesto por al Conseil Insular de Elvisss I Formentera tiene que ver con el tenor de los informes técnico y jurídico por medio de los que se contestó a la alegación que los recumentes hablan formulado en el



tramitación del expediente administrativo, disolviéndose argumentaciones genéricas, no atenidas al estricto objeto de patición.

En último término, la falta de racionalidad de la decisión tomada por el redactor de las NNSS surge, de nuevo, al comparar informa tácnico prestado en el litigio por D. Miguel Amengual Planas, arquitecto, e,informes técnico y jurídico realizados por los servicios adscritos al C.I.E. i F., junto con la carencia de peso justificativo que, en dicho ámbito, ha de asignarse al criterio genérico de reproducir, sin más, la solución propuesta por el Proyecto municipal de Delimitación del Suelo Urbano o a la simple cita de los razonamientos que, desde una perspectiva y con una mirada mucho más amplia (no referido, por tanto, al objeto del conflicto), cifra la Memoria de las Normas Subsidiarias.

4.- Con el fin de garantizar el pronto cumplimiento de esta resolución, se establece en el punto quinto de la parte dispositiva de la sentencia un término máximo para que el Consell Insular d'Eivissa i Formentera modifique las NNSS de Santa Eulária en lo que hace al punto litigioso y publique este acuerdo en el Boletin Oficial de les Illes Balears (cfr., a este respecto, artículo 71.1.c) Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: "c) Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo").

De conformidad con lo establecido en el articulo 139.1 Ley Jurisdiccionel, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en estos autos a ninguno de los litigantes.

## FALLAMOS

1.- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DOÑA CARMEN Y DON VICENTE JUAN CARDONA contra una resolución dictada el 16 de noviembre de 2004 por la Comisión de Gobierno del Conseil Insular d'Elvissa i Formentera, que ha desestimado la vía de recurso alzada por los demandantes contra un acuerdo de la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio Histórico-Artístico de 23 junio 2004 que aprobó, con carácter definitivo, las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Sta Eulária des Riu.

(FAX)971710435



2.- ANULAR estos actos administrativos, al ser contrarios a Derecho, en lo relativo – exclusivamente – a la anchura de los viales previstos en la 2ª fase del barri de Ses Torres.

3.º ESTABLECER que el Ente público demandado deberá variar los términos de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Santa Eulária des Riu, en el sentido de cambiar la anchura del vial que confronta con la parcela propiedad de los recurrentes sita en la 2ª fase del barri de Ses Torras — en la totalidad de au recorrido -, de ocho metros (anchura prevista por las NNSS) e seis metros.

4. CONCEDER al Consell Insular de Elvissa I Formantera un término máximo da tres meses, a contar desde el día siguiente a aquel en que se notifique esta resolución a su representante procesal, a los efectos de que dicte y publique en el BOIB el acuerdo con cuyo intermedio se produzca el cambio que homos referido en el apartado 3º de los que contiene la parte dispositiva de esta sentencia.

6.º ORDENAR la publicación de la parte dispositiva de esta sentencia en el BOIB en el término de diez dias a contar deade que se declare su firmeza (articulo 107.2 Ley Jurisdiccional).

6.- NO EFECTUAR imposición de las costas processies causadas en el recurso a ninguno de los lifigantes.

Contra la presente sentencia no caba recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.



APPENDENCE APPENDED

9. estat, AR ados actus edimentações, el ser contentos a Derecht, en lo relación — cará contentente — a la atrohum do las vistos provintes en la 21 tente del bant de Sen Tente.

2. COTABLECER que el Cata adático describidad deberá vertar los deminos de los Normas Comprendidos y Cualidardos do Passermiento es mundiciplo de Santa Eulería dos Riu, en el semito de cumbler la anerium dol visil que conferma con la comesa propiazad de los recumentes osa su la 2º rece del baro de San Torses — en la totalidad de ou recomido y de cerro metera (anerium passers por las PORTES) a sela totalidad de ou recomido y de cerro metera (anerium passers por las PORTES) a sela totalidad.

Au Crossotiano de fera irración, a certifar desdas se dia significar a formación se se reolfique esta respectada a sua representante paracional, a los efectos do que diase y práticiam se sel accesado con buso presentante so forducar al carrido que trampa restanda ao al carrido que trampa restanda.

Su CALDENARE la publicación de la bate década de consumira de consumeror con el RIXID en el únicio de des des e conten casas que se declaro su viginazo (anicado 107. 2 Les Ambelicacións

Se NO EFECTUAR ancesión de les croim practicles existes en el e curso a ninculo de los lifelantes

Contra la pracorde personar no capa recuest orculesto espera.

Así por esta mandra de la que quedada balimario en autor para su

seferación la consultatione mandranas y remanas.