ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00230/2010

SENTENCIA Nº 230

En Palma de Mallorca a veintitrés de marzo de dos mil diez

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE
D. Gabriel Fiol Gomila
MAGISTRADOS
D. Pablo Delfont Maza
Dª: Carmen Frigola Castillón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears el presente procedimiento nº 225/2005 seguido a instancia de **RESIDENCIAL LOS PINOS S.A.** representada por la Procuradora Sra. Dª. Beatriz Ferrer Mercadal y defendida por el Letrado D. Manuel Alcaide Juan contra el **CONSELL INSULAR DE IBIZA Y FORMENTERA** representado por el Procurador Sr. D. José L. Nicolau Rullán y defendido por el Abogado D. Ángel C. Navarro Sánchez.

El acto administrativo es el Acuerdo adoptado por la Comisión del Govern del Consell Insular de Ibiza y Formentera en sesión de 4 de noviembre de 2004, por el que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la recurrente en fecha 26 de julio de 2004 a las Normas Complementarias y Subsidiarias de Santa Eulalia del Río.

La cuantía del procedimiento se fijó en Indeterminada.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Carmen Frigola Castillón, quien expresa el parecer de la Sala.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: El recurrente interpuso recurso contencioso el 16 de marzo de 2005 que se registró al nº 225/05 que tras requerimiento de subsanación se admitió a trámite el 18 de abril de 2005 ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO: Recibido el expediente la Procuradora Srª. Ferrer Mercadal formalizó la demanda en fecha 07 de Septiembre de 2006 solicitando en el suplico que en su día se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de las determinaciones de planeamiento contenidas en las Normas Complementarias y Subsidiarias de planeamiento para el municipio de Santa Eulalia del Río aprobadas por el Consell Insular de Ibiza y Formentera en lo que se refiere a los terrenos propiedad de su representada, por no ajustarse a derecho dada la condición de urbanos de dichos terrenos, con expresa imposición de costas a la Administración demandada. Solicitó práctica de prueba.

TERCERO: El Sr. Procurador D. José Luis Nicolau Rullán presentó su escrito de contestación y oposición a la demanda el 07 de febrero de 2007 y solicitó la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas.

CUARTO: El 9 de febrero de 2007 se dictó auto fijando la cuantía en indeterminada y por auto de 24 de julio de 2007 se abrió el juicio a prueba con el resultado que obra en autos. Abierto el trámite de conclusiones la parte actora presentó su escrito el 31 de marzo de 2009 y lo mismo hizo la demandada el 14 de abril de 209. Declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia, y se señaló para la votación y fallo el día 23 de marzo de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se ha dicho ya el acto administrativo impugnado.

La entidad recurrente es propietaria de una parcela de terreno procedente de la finca denominada S'Argamassa sita en Cala Pada en el Término municipal de Santa Eularia. Esa parcela en el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano aprobado por el Ayuntamiento de Santa Eularia en 1988 tenía la clasificación de suelo urbano. Esa clasificación dimana de la petición de parte planteada ante el Ayuntamiento y aceptada por éste al considerar que se trataba de un modesto enclave lindante con la urbanización S'Argamasa con Plan Parcial definitivamente aprobado estableciendo la condición de que la edificación había de retirarse 20 metros respecto de la línea de la zona marítimo terrestre (BOIB nº 94 de 6/8/88 que publica el Acuerdo de aprobación definitiva del PDSU). En ejecución de el PDSU la actora expone que presentó en su día ante el Ayuntamiento el correspondiente proyecto de urbanización de la UAU5 y de la zona de articulación entre la Avda de Cala Pada y S'Argamasa que se fue modificando siguiendo los requerimientos municipales. En definitiva y según la recurrente esa finca se encuentra entre el suelo urbano de S'Argamasa y el mar y disponía de todos y cada uno de los servicios exigidos en el artículo 8 de la LS.

Sin embargo las NNCC y SS aprobadas por Acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo de 23 de junio de 2004 confirmadas en la resolución del Acuerdo del Consell de Govern del Consell Insular d'Eivissa de 4 de noviembre de 2004 desestimatorio del recurso de alzada interpuesto por la recurrente, desclasifica ese solar, que pasa a tener la condición de suelo rústico.

La defensa de la entidad actora considera que esa desclasificación es injustificada, arbitraria y no está motivada y supone un agravio comparativo en relación al resto de propietarios de la zona ya que en toda la línea de la costa que va desde Cala Nova hasta pasado el núcleo urbano de Santa Eulalia se aprecia una

franja ininterrumpida de suelo urbano con distintas calificaciones, quedando de manera arbitraria excluída de esa clasificación únicamente la finca objeto de autos, lo que constituye un manifiesto agravio comparativo teniendo en cuenta la situación precedente de la que se parte puesto que es lo cierto que la parcela de la actora ya tenía la condición de suelo urbano, y en cambio no otros terrenos a los que ahora se les atribuye esa clasificación. Expone la defensa de la recurrente que la Memoria omite cualquier justificación a las limitaciones fijadas a dicha finca, de manera que, si el PDSU de 1988 reconoció el carácter de urbanos de esos terrenos y expresando la Memoria de las normas que la nueva delimitación del SU se basa precisamente en la que se aprobó en el año 1988 sin que se hayan alterado las circunstancias que en su día dieron lugar a la desclasificación sino que antes al contrario toda la zona ha experimentado un importante grado de consolidación urbanística y edificatoria, algunas de las cuales ha patrocinado la recurrente . Y considera irrazonable que quiera privarse a ese terreno de cualquier aprovechamiento dándosele una clasificación cuyos usos no son acordes con las condiciones del entorno.

La Administración señala que no es cierto ese defecto pues de los informes técnicos obrantes en el expediente, los terrenos de autos no cuentan con los requisitos establecidos en el artículo 8 de la ley 6/1998 aplicable a tenor de la fecha de los hechos, al no disponer del correspondiente vial público y no encontrarse consolidado ese terreno por la edificación en dos terceras partes, existiendo solamente una zona ajardinada con una edificación destinada al servicio de playa y el resto es un pinar con características propias del suelo rústico. Lo que conduce a la aplicación de lo dispuesto en el apartado 3-4 de la Memoria de las NNCCSS

SEGUNDO: Los antecedentes de los que se parte para la resolución del debate son los siguientes:

1º.- Los terrenos objeto de autos están ubicados en la Playa de Cala Pada y en el PDSU tenían la condición de suelo urbano con calificación de Residencial Hotelera (epígrafe 83). La finca está rodeada de suelo urbano consolidado por la urbanización y la edificación. El acceso rodado a la parcela se realiza a través de la Avenida S'Argamassa. Y en un lateral discurre también el Camí de s'Argamassa que está pavimentado, asfaltado con sumideros de aguas pluviales y a su paso por dicha

finca presenta asfaltado, suministro de agua potable, alcantarillado, alumbrado público, suministro de fluido eléctrico, teléfono y recogida de basuras. Las parcelas colindantes con esos terrenos se encuentran totalmente edificadas predominando los edificios de carácter plurifamiliar y todas las parcelas del entorno se encuentran sin excepción urbanizadas y edificadas. Las NNCCSS desclasifican ese suelo y lo clasifican como suelo rústico dentro de la categoría de Area de Protección Territorial (Planos 4 y 5 de la pericial practicada en autos).

2º.- La Avenida S'Argamassa es un vial de 8 metros de calzada asfaltado y con aceras y bordillos, alumbrado público, suministro de energía eléctrica postes y acometidas, agua potable, red telefónica, evacuación de aguas fecales y dispone de recogida de basuras.

El camí S'Argamassa es una ramificación del vial principal, esto es, la Avenida S'Argamassa, y a su paso por la zona contigua a la parcela que nos ocupa tiene la dotación de servicios de asfaltado, suministro de agua potable, alcantarillado, alumbrado público, suministro de fluido eléctrico, teléfono y recogida de basuras está asfaltado, posee red de evacuación de aguas, dispone de farolas de alumbrado público y discurre por entre viviendas plurifamiliares y demás edificaciones.

La Calle Xaloc discurre entre varios edificios aislados de viviendas plurifamiliares adosadas que termina en la zona de protección de 6 metros contigua al deslinde de dominio público y por la cual puede transitar los vehículos hacia Cala Pada por la franja de protección de 6 metros plana y de terreno natural que finalmente accede al Camí S'Argamassa.

Dentro de la parcela objeto de autos se encuentra una estación de funcionamiento de bombeo evacuación de aguas fecales de la urbanización.

3º.- En el documento aprobado en acuerdo del Pleno de la Corporación de Santa Eulalia del Riu de 23 de diciembre de 2004 (posterior al acto impugnado) de Avance, que recoge los trabajos de formación de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento del Municipio, cuya exposición pública consta en el BOIB de 13 de enero de 2005, esa finca está clasificada como suelo urbano. En el avance de la revisión no se establecen calificaciones, según expone el informe emitido por el Ayuntamiento de Santa Eularia en fecha 24 de enero de 2008 obrante al ramo de prueba de la parte actora, limitándose ese documento a clasificar suelo urbano y suelo rústico.

4º.- La clasificación de suelo urbano de esos terrenos tuvo lugar en el año 1988 a petición de la parte actora al quedar comprendido ese terreno entre dos suelos de esa naturaleza comprometiéndose a edificar un hotel de cuatro estrellas que es el actual Hotel S'Argamassa Palace que se ubica en la franja de suelo urbano que tiene acceso por la Avenida S'Argamassa. Esa petición fue aceptada por el Ayuntamiento de Santa Eulalia cuando confeccionó el Proyecto de Delimtiación de Suelo Urbano al considerar que se trataba de un modesto enclave lindante con la urbanización S'Argamasa con Plan Parcial definitivamente aprobado estableciendo la condición de que la edificación había de retirarse 20 metros respecto de la línea de la zona marítimo terrestre (BOIB nº 94 de 6/8/88 que publica el Acuerdo de aprobación definitiva del PDSU).

5º.- El Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano (PDSU) nunca fue formalmente declarado nulo por resolución judicial ninguna, si bien esta Sala, a propósito de una impugnación planteada por terceros relativa a una licencia de obras, tuvo oportunidad de constatar y así lo plasmó en su momento, que ese instrumento no se limitaba a delimitar el suelo urbano que el Plan General fijaba como tal, sino que clasificaba suelo, modificaba alineaciones, zonificaciones y ordenanzas, de forma que la regulación que aplicó en aquel debate fue la normativa del Plan General de Ordenación Urbana. Esa situación era conocida por la Administración municipal e insular y así se deduce de lo obrante en Libro de Anàlisi i Diagnòstic previ a l'aprovació de les Directrius d'Ordenació Territorial publicado en el año 1997, en donde se hacía hincapié de la situación irregular que sufría el planeamiento en la localidad de Santa Eularia des Riu.

TERCERO: Ciertamente el PDSU incluía esa finca como suelo urbano, pero dado que el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano incidió en numerosas irregularidades, la Sala no considera determinante ese dato como punto de partida en cuanto a la naturaleza y clasificación de esos terrenos.

Dicho ello, y planteada por la parte la ausencia de justificación razonable del actuar administrativo en la decisión adoptada de clasificar ese suelo como rústico, desde la trascendental sentencia del TS de 13 de febrero de 1.992 reiterada por la de 21 de septiembre de 1993 y ulterior jurisprudencia uniforme y constante, ha de

señalarse que la racionalidad en la actuación administrativa deriva de unas directrices o criterios de ordenación que necesariamente han de encontrarse en lo que es la Memoria del Plan. La motivación de esa actuación exige, en aras al principio de seguridad jurídica al que están afectos todos los poderes públicos en atención a lo dispuesto en el artículo 9-3 de la CE, que la administración exponga de forma necesaria e ineludible, las pautas a las que vendrá sujeta en el despliegue de su actuación en el que es posible la decisión discrecional y el planeamiento permite esa discrecionalidad, que sin embargo, no se identifica con actuación arbitraria, de forma que la interdicción de esa arbitrariedad se garantiza con la posibilidad de revisión jurisdiccional del acto en base a la sujeción del actuar administrativo en relación a los criterios inicialmente establecidos por la propia administración. Y así el TS en sentencia de 21 de septiembre de 1993 señala:

> *Claro es que esta doctrina es plenamente aplicable a los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento. Por ello la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -art. 9.º, 3 de la Constitución- que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas. Existe a este respecto una frondosa jurisprudencia -SS. 22 septiembre y 15 diciembre 1986 (RJ 1986\6078yRJ 1987\1139), 19 mayo y 21 diciembre 1987 (RJ 1987\6877yRJ 1987\9687), 18-7-1988 (RJ 1988\5914), 23 enero y 17 junio 1989 (RJ 1989\427yRJ 1989\4732), 20 marzo y 22 diciembre 1990 (RJ 1990\2246yRJ 1990\10183), 11 febrero, 27 marzo y 2 abril 1991 (RJ 1991\784,RJ 1991\2226yRJ 1991\3278), 20 enero, 17 marzo y 14 abril 1992 (RJ 1992\715,RJ 1992\2226yRJ 1992\4146), 15-3-1993 (RJ 1993\2523), etc.-.”*

Es por ello que la Memoria alcanza una importancia capital a la hora de valorar la actuación administrativa hasta el punto que no es un documental más, sino consustancial e insoslayable conforme al artículo 12-3 a) de la LS de 1976 pues es el instrumento a partir del cual fluyen las motivaciones de las determinaciones del planeamiento -SS. TS 9 julio y 20 diciembre 1991 (RJ 1991\9737yRJ 1992\314), 15-12-1992 (RJ 1992\9834).

En consecuencia la ausencia de motivación o la motivación defectuosa puede comportar un defecto invalidante que incide en supuesto de anulabilidad, o bien defecto constitutivo de mera irregularidad no invalidante de forma que el deslinde entre uno y otro actuar reside en la concreción de la entidad de la omisión operada, de forma que se ignore el proceder administrativo en el que se funda la decisión adoptada y se impida en definitiva el conocimiento de los datos precisos sobre los que la Administración ha llegado a esa concreta decisión.

TERCERO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 6/1998 aplicable a tenor de la fecha de los hechos, tienen la consideración de suelo urbano el suelo transformado por contar como mínimo con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidados por la edificación en la forma y características fijadas en la normativa urbanística. Ese terreno confronta directamente con dos franjas de suelo que las propias NNCCSS clasifican como suelo urbano, y tiene salida directa a vial urbanizado, constatándose que toda la finca está rodeada por suelo urbano.

En materia de clasificación de suelo urbano no existe ius variandi de la administración que viene obligada a clasificar como tal el suelo que tuviere los elementos fijados en dicho artículo y así lo declara la Jurisprudencia cuando señala que “la definición con rango legal del suelo urbano constituye un límite de la potestad de planeamiento …de suerte que la administración queda vinculada por una realidad que ha de reflejar en sus determinaciones clasificatorias” (St. TS 5/2/08, 6/5/97, 3/5/95, 18/7/95 y 3/10/95 entre otras muchas)

La finca de autos, ya hemos dicho que está integramente rodeada por suelo urbano consolidado por la urbanización y por la edificación, y ello ha quedado plenamente probado en la pericial practicada en autos, que además, acredita la improcedencia de un uso o destino agrícola o rústico en dichos terrenos según se observa en su respuesta cuarta, remarcando el perito también que ese terreno confronta con calle completamente urbanizada. Y constituye junto con otro terreno ubicado en Cala Pada al otro extremo de la ensenada los únicos puntos que dentro del contexto de toda la malla urbana, quedan fuera de clasificación de suelo urbano.

Refiere el perito que la decisión de la administración en cuanto al corte del suelo urbano del suelo rústico “*coincide plenamente con el lindero de fondo del solar*

catastral colindante clasificado como turístico T-3 y no responde de manera alguna a ningún criterio urbanístico" añadiendo que "*se trata de un corte arbitrario que no tiene justificación coherente alguna; es decir, si este lindero al que nos referimos del solar contiguo hubieses estado situado más al fondo, el límite del suelo urbano por el cual se ha cortado la clasificación de esta parcela, tendría también la misma profundidad; por lo tanto no se entiende ni queda justificada la delimitación del suelo urbano de toda esa manzana*".

CUARTO: Pues bien, con tales antecedentes la Memoria de las NNCCSS en cuanto a la desclasificación de esos terrenos, es tan escasa como inexistente. En efecto al punto 6.23 señala en el número de población de Cala Pada "*la delimitación reduce considerablemente la definida en el PDSU excluyendo de la clasificación dos grandes piezas de terreno en sus límites N y S*". Con tan sucinta explicación es claro que la administración no expone argumento alguno ni concreta cuál de los criterios de actuación reflejados en el artículo 3.6 de esa misma Memoria –que expone que se ha procedido a una aplicación estricta de los criterios generales de clasificación de suelo urbano de aquellos terrenos cuyo grado de transformación por la urbanización no alcanza la totalidad de las condiciones fijadas en el artículo 8 de la LSV 98– es aplicable a esa desclasificación, máxime cuando ocurre en el presente caso la finca está enteramente rodeada de suelo urbano.

La administración dice que la motivación se encuentra en los informes técnicos y del Ayuntamiento emitidos en su día, los cuales aseveran que no existe un grado de desarrollo suficiente en esos terrenos. Pero es en la Memoria y no en los informes posteriores, donde ha de exponerse la justificación de las actuaciones realizadas, siendo tal motivación ineludible y no salvable por informes posteriores.

Además es un dato que a la Sala le parece trascendente, que esos informes que le negaron tal condición, contradicen el propio actuar administrativo acreditado en autos, ya que se ha demostrado que en el avance de la revisión del planeamiento realizado en enero de 2005, o sea posterior en sólo seis meses a la entrada en vigor del instrumento de planeamiento que ahora analizamos, ese mismo terreno, el Ayuntamiento lo clasifica como suelo urbano, y así se acredita tanto de la

documental expedida por el Ayuntamiento de Santa Eulalia que certifica ese extremo, como por lo referido por el perito que ha depuesto en autos.

Así las cosas, la justificación y argumentación del actuar administrativo que decidió la desclasificación ineludible en la Memoria, resulta insuficiente en el supuesto de autos, de forma que el defecto constatado, es constitutivo de vicio invalidante conforme a lo establecido en el artículo 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pues no se alcanza a conocer las razones y argumentos que han movido a la administración a esa desclasificación.

Por lo tanto las NNCCSS a parte de ignorar la realidad de lo fáctico en cuanto a la realidad de esos terrenos pues la administración viene constreñida a reconocer y clasificar como tal el suelo urbano consolidado, además, exigía una explicación motivada que justificara la decisión adoptada, y esa motivación no es dispensable en modo alguno ya que ello obedece a razones de seguridad jurídica y posibilidad de defensa de la parte, convirtiéndose esa decisión en arbitraria e injustificada, resultando además esa actuación una contradicción de los propios actos administrativos posteriores.

Por todo ello debe prosperar el recurso y ha de anularse el acto administrativo impugnado en lo que afecta al terreno objeto de autos sito en Cala Pada.

QUINTO: En materia de costas de conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, no procede hacer especial imposición de costas

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

PRIMERO: ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINSITRATIVO seguido a instancias de RESIDENCIAL LOS PINOS S.A. contra el Acuerdo adoptado por la Comisión del Govern del Consell Insular de Ibiza y Formentera en sesión de 4 de noviembre de 2004, por el que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la recurrente en fecha 26 de julio de 2004 a las Normas Complementarias y Subsidiarias de Santa Eulalia del Río.

SEGUNDO: ANULAMOS el acto administrativo impugnado por no ser acorde a la legalidad del ordenamiento jurídico en lo que se refiere a los terrenos propiedad de la recurrente sitos en Cala Pada.

TERCERO: Todo ello sin costas

Notifíquese esta Resolución conforme previene el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , expresando que contra la misma cabe recurso de casación en el plazo de ante el Tribunal Supremo en el plazo de diez días siguientes a la notificación de la sentencia previo depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la Disposición adicional Decimoquinta de la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dª. Carmen Frigola Castillón 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.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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

Consell d'Eivissa

Departament de Política Territorial
i Paisatge

Av. d'Espanya, 49
07800 Eivissa (Illes Balears)
tel. 971 19 59 00 · fax 971 19 59 11
territori@conselldeivissa.es
www.conselldeivissa.es

Consell d'Eivissa
REGISTRE GENERAL
data 25 MAIG 2010
núm. 7141
SORTIDA

SR. ALCALDE PRESIDENT
DE L'AJUNTAMENT DE STA. EULÀRIA
PLAÇA D'ESPANYA
07840-SANTA EULÀRIA DEL RIU

AJUNTAMENT DE SANTA EULÀRIA DES RIU
25 MAIG 2010
ENTRADA Nº 6584 | SORTIDA Nº

Procediment ordinari 225/2005
Recurrent: RESIDENCIAL LOS PINOS, SA

Assumpte: Tramesa de la fermesa de la sentència de la Sala contenciosa administrativa del TSJIB recaiguda en el PO 225/2005 interposat per l'entitat RESIDENCIAL LOS PINOS, SA contra l'acord de la Comissió de Govern d'aquesta Corporació, de 04/11/04, que va desestimar el recurs d'alçada núm. 35/2004, interposat contra l'acord de la Comissió Insular d'Ordenació del Territori, Urbanisme i Patrimoni Historicoartístic del Consell Insular de data 23 de juny de 2004, d'aprovació definitiva de les Normes Complementàries i Subsidiàries de Santa Eulària des Riu. Terrenys ubicats a Cala Pada.

En data 14 de maig de 2010 (RGE Consell Insular 12464) ha estat notificada a aquest Consell Insular, la fermesa de la sentència de la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, número 230, de data 23 de març de 2010 que estima el recurs contenciós (PO 225/2005) presentat per l'entitat RESIDENCIAL LOS PINOS, SL contra contra l'acord de la Comissió de Govern d'aquesta Corporació, de 04/11/04, que va desestimar el recurs d'alçada núm. 35/2004 interposat contra l'acord de la Comissió Insular d'Ordenació del Territori, Urbanisme i Patrimoni Historicoartístic del Consell Insular de data 23 de juny de 2004, d'aprovació definitiva de les Normes Complementàries i Subsidiàries de Santa Eulària des Riu.

Per tot l'anterior, adjunt us tramet còpia de la sentència esmentada per resultar d'interès municipal i referir-se a terrenys pertanyents al vostre municipi.

La qual cosa se us comunica per al vostre coneixement i als efectes escaients.

El Conseller executiu del Departament

Consell d'Eivissa

Miquel Ramon Juan
Eivissa, 24 de maig de 2010.

AJUNTAMENT DE SANTA EULÀRIA DES RIU
SERV. JURIDICS - URBANISME
FECHA: MAIO/2010
ENTRADA | SORTIDA
Nº 245 Nº

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

DON CARLOS AMORENA DONCEL, SECRETARIODE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES:

DOY FE Y TESTIMONIO: Que en los autos seguidos en esta sala bajo el número 10 225/2005 Obran los siguientes particulares:

SENTENCIA Nº 230

En Palma de Mallorca a veintitrés de marzo de dos mil diez

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE
D. Gabriel Fiol Gomila
MAGISTRADOS
D. Pablo Delfont Maza
Dª: Carmen Frigola Castillón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears el presente procedimiento nº 225/2005 seguido a instancia de RESIDENCIAL LOS PINOS S.A. representada por la Procuradora Sra. Dª. Beatriz Ferrer Mercadal y defendida por el Letrado D. Manuel Alcaide Juan contra el CONSELL INSULAR DE IBIZA Y FORMENTERA representado por el Procurador Sr. D. José L. Nicolau Rullán y defendido por el Abogado D. Ángel C. Navarro Sánchez.

El acto administrativo es el Acuerdo adoptado por la Comisión del Govern del Consell Insular de Ibiza y Formentera en sesión de 4 de noviembre de 2004, por el que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la recurrente en fecha 26 de julio de 2004 a las Normas Complementarias y Subsidiarias de Santa Eulalia del Río.

La cuantía del procedimiento se fijó en Indeterminada.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Carmen Frigola Castillón, quien expresa el parecer de la Sala .

ANTECEDENTES DE HECHO:

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

PRIMERO: El recurrente interpuso recurso contencioso el 16 de marzo de 2005 que se registró al nº 225/05 que tras requerimiento de subsanación se admitió a trámite el 18 de abril de 2005 ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO: Recibido el expediente la Procuradora Srª. Ferrer Mercadal formalizó la demanda en fecha 07 de Septiembre de 2006 solicitando en el suplico que en su día se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de las determinaciones de planeamiento contenidas en las Normas Complementarias y Subsidiarias de planeamiento para el municipio de Santa Eulalia del Río aprobadas por el Consell Insular de Ibiza y Formentera en lo que se refiere a los terrenos propiedad de su representada, por no ajustarse a derecho dada la condición de urbanos de dichos terrenos, con expresa imposición de costas a la Administración demandada. Solicitó práctica de prueba.

TERCERO: El Sr. Procurador D. José Luis Nicolau Rullán presentó su escrito de contestación y oposición a la demanda el 07 de febrero de 2007 y solicitó la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas.

CUARTO: El 9 de febrero de 2007 se dictó auto fijando la cuantía en indeterminada y por auto de 24 de julio de 2007 se abrió el juicio a prueba con el resultado que obra en autos. Abierto el trámite de conclusiones la parte actora presentó su escrito el 31 de marzo de 2009 y lo mismo hizo la demandada el 14 de abril de 209. Declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia, y se señaló para la votación y fallo el día 23 de marzo de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se ha dicho ya el acto administrativo impugnado.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

La entidad recurrente es propietaria de una parcela de terreno procedente de la finca denominada S'Argamassa sita en Cala Pada en el Término municipal de Santa Eularia. Esa parcela en el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano aprobado por el Ayuntamiento de Santa Eularia en 1988 tenía la clasificación de suelo urbano. Esa clasificación dimana de la petición de parte planteada ante el Ayuntamiento y aceptada por éste al considerar que se trataba de un modesto enclave lindante con la urbanización S'Argamasa con Plan Parcial definitivamente aprobado estableciendo la condición de que la edificación había de retirarse 20 metros respecto de la línea de la zona marítimo terrestre (BOIB nº 94 de 6/8/88 que publica el Acuerdo de aprobación definitiva del PDSU). En ejecución de el PDSU la actora expone que presentó en su día ante el Ayuntamiento el correspondiente proyecto de urbanización de la UAU5 y de la zona de articulación entre la Avda de Cala Pada y S'Argamasa que se fue modificando siguiendo los requerimientos municipales. En definitiva y según la recurrente esa finca se encuentra entre el suelo urbano de S'Argamasa y el mar y disponía de todos y cada uno de los servicios exigidos en el artículo 8 de la LS.

Sin embargo las NNCC y SS aprobadas por Acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo de 23 de junio de 2004 confirmadas en la resolución del Acuerdo del Consell de Govern del Consell Insular d'Eivissa de 4 de noviembre de 2004 desestimatorio del recurso de alzada interpuesto por la recurrente, desclasifica ese solar, que pasa a tener la condición de suelo rústico.

La defensa de la entidad actora considera que esa desclasificación es injustificada, arbitraria y no está motivada y supone un agravio comparativo en relación al resto de propietarios de la zona ya que en toda la línea de la costa que va desde Cala Nova hasta pasado el núcleo urbano de Santa Eulalia se aprecia una franja ininterrumpida de suelo urbano con distintas calificaciones, quedando de manera arbitraria excluída de esa clasificación únicamente la finca objeto de autos, lo que constituye un manifiesto agravio comparativo teniendo en cuenta la situación precedente de la que se parte puesto que es lo cierto que la parcela de la actora ya tenía la condición de suelo urbano, y en cambio no otros terrenos a los que ahora se les atribuye esa clasificación. Expone la defensa de la recurrente que la Memoria omite cualquier justificación a las limitaciones fijadas a dicha finca, de manera que, si

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

el PDSU de 1988 reconoció el carácter de urbanos de esos terrenos y expresando la Memoria de las normas que la nueva delimitación del SU se basa precisamente en la que se aprobó en el año 1988 sin que se hayan alterado las circunstancias que en su día dieron lugar a la desclasificación sino que antes al contrario toda la zona ha experimentado un importante grado de consolidación urbanística y edificatoria, algunas de las cuales ha patrocinado la recurrente . Y considera irrazonable que quiera privarse a ese terreno de cualquier aprovechamiento dándosele una clasificación cuyos usos no son acordes con las condiciones del entorno.

La Administración señala que no es cierto ese defecto pues de los informes técnicos obrantes en el expediente, los terrenos de autos no cuentan con los requisitos establecidos en el artículo 8 de la ley 6/1998 aplicable a tenor de la fecha de los hechos, al no disponer del correspondiente vial público y no encontrarse consolidado ese terreno por la edificación en dos terceras partes, existiendo solamente una zona ajardinada con una edificación destinada al servicio de playa y el resto es un pinar con características propias del suelo rústico. Lo que conduce a la aplicación de lo dispuesto en el apartado 3-4 de la Memoria de las NNCCSS

SEGUNDO: Los antecedentes de los que se parte para la resolución del debate son los siguientes:

1º.- Los terrenos objeto de autos están ubicados en la Playa de Cala Pada y en el PDSU tenían la condición de suelo urbano con calificación de Residencial Hotelera (epígrafe 83). La finca está rodeada de suelo urbano consolidado por la urbanización y la edificación. El acceso rodado a la parcela se realiza a través de la Avenida S'Argamassa. Y en un lateral discurre también el Camí de s'Argamassa que está pavimentado, asfaltado con sumideros de aguas pluviales y a su paso por dicha finca presenta asfaltado, suministro de agua potable, alcantarillado, alumbrado público, suministro de fluido eléctrico, teléfono y recogida de basuras. Las parcelas colindantes con esos terrenos se encuentran totalmente edificadas predominando los edificios de carácter plurifamiliar y todas las parcelas del entorno se encuentran sin excepción urbanizadas y edificadas. Las NNCCSS desclasifican ese suelo y lo clasifican como suelo rústico dentro de la categoría de Area de Protección Territorial (Planos 4 y 5 de la pericial practicada en autos).

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

2º.- La Avenida S'Argamassa es un vial de 8 metros de calzada asfaltado y con aceras y bordillos, alumbrado público, suministro de energía eléctrica postes y acometidas, agua potable, red telefónica, evacuación de aguas fecales y dispone de recogida de basuras.

El camí S'Argamassa es una ramificación del vial principal, esto es, la Avenida S'Argamassa, y a su paso por la zona contigua a la parcela que nos ocupa tiene la dotación de servicios de asfaltado, suministro de agua potable, alcantarillado, alumbrado público, suministro de fluido eléctrico, teléfono y recogida de basuras está asfaltado, posee red de evacuación de aguas, dispone de farolas de alumbrado público y discurre por entre viviendas plurifamiliares y demás edificaciones.

La Calle Xaloc discurre entre varios edificios aislados de viviendas plurifamiliares adosadas que termina en la zona de protección de 6 metros contigua al deslinde de dominio público y por la cual puede transitar los vehículos hacia Cala Pada por la franja de protección de 6 metros plana y de terreno natural que finalmente accede al Camí S'Argamassa.

Dentro de la parcela objeto de autos se encuentra una estación de funcionamiento de bombeo evacuación de aguas fecales de la urbanización.

3º.- En el documento aprobado en acuerdo del Pleno de la Corporación de Santa Eulalia del Riu de 23 de diciembre de 2004 (posterior al acto impugnado) de Avance, que recoge los trabajos de formación de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento del Municipio, cuya exposición pública consta en el BOIB de 13 de enero de 2005, esa finca está clasificada como suelo urbano. En el avance de la revisión no se establecen calificaciones, según expone el informe emitido por el Ayuntamiento de Santa Eularia en fecha 24 de enero de 2008 obrante al ramo de prueba de la parte actora, limitándose ese documento a clasificar suelo urbano y suelo rústico.

4º.- La clasificación de suelo urbano de esos terrenos tuvo lugar en el año 1988 a petición de la parte actora al quedar comprendido ese terreno entre dos suelos de esa naturaleza comprometiéndose a edificar un hotel de cuatro estrellas que es el actual Hotel S'Argamassa Palace que se ubica en la franja de suelo urbano que tiene acceso por la Avenida S'Argamassa. Esa petición fue aceptada por el Ayuntamiento de Santa Eulalia cuando confeccionó el Proyecto de Delimtiación de

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Suelo Urbano al considerar que se trataba de un modesto enclave lindante con la urbanización S'Argamasa con Plan Parcial definitivamente aprobado estableciendo la condición de que la edificación había de retirarse 20 metros respecto de la línea de la zona marítimo terrestre (BOIB nº 94 de 6/8/88 que publica el Acuerdo de aprobación definitiva del PDSU).

5º.- El Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano (PDSU) nunca fue formalmente declarado nulo por resolución judicial ninguna, si bien esta Sala, a propósito de una impugnación planteada por terceros relativa a una licencia de obras, tuvo oportunidad de constatar y así lo plasmó en su momento, que ese instrumento no se limitaba a delimitar el suelo urbano que el Plan General fijaba como tal, sino que clasificaba suelo, modificaba alineaciones, zonificaciones y ordenanzas, de forma que la regulación que aplicó en aquel debate fue la normativa del Plan General de Ordenación Urbana. Esa situación era conocida por la Administración municipal e insular y así se deduce de lo obrante en Libro de Anàlisi i Diagnòstic previ a l'aprovació de les Directrius d'Ordenació Territorial publicado en el año 1997, en donde se hacía hincapié de la situación irregular que sufría el planeamiento en la localidad de Santa Eularia des Riu.

TERCERO: Ciertamente el PDSU incluía esa finca como suelo urbano, pero dado que el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano incidió en numerosas irregularidades, la Sala no considera determinante ese dato como punto de partida en cuanto a la naturaleza y clasificación de esos terrenos.

Dicho ello, y planteada por la parte la ausencia de justificación razonable del actuar administrativo en la decisión adoptada de clasificar ese suelo como rústico, desde la trascendental sentencia del TS de 13 de febrero de 1.992 reiterada por la de 21 de septiembre de 1993 y ulterior jurisprudencia uniforme y constante, ha de señalarse que la racionalidad en la actuación administrativa deriva de unas directrices o criterios de ordenación que necesariamente han de encontrarse en lo que es la Memoria del Plan. La motivación de esa actuación exige, en aras al principio de seguridad jurídica al que están afectos todos los poderes públicos en atención a lo dispuesto en el artículo 9-3 de la CE, que la administración exponga de forma necesaria e ineludible, las pautas a las que vendrá sujeta en el despliegue de su actuación en el que es posible la decisión discrecional y el planeamiento permite

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

esa discrecionalidad, que sin embargo, no se identifica con actuación arbitraria, de forma que la interdicción de esa arbitrariedad se garantiza con la posibilidad de revisión jurisdiccional del acto en base a la sujeción del actuar administrativo en relación a los criterios inicialmente establecidos por la propia administración. Y así el TS en sentencia de 21 de septiembre de 1993 señala:

> *Claro es que esta doctrina es plenamente aplicable a los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento. Por ello la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -art. 9.°, 3 de la Constitución- que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas. Existe a este respecto una frondosa jurisprudencia -SS. 22 septiembre y 15 diciembre 1986 (RJ 1986\6078yRJ 1987\1139), 19 mayo y 21 diciembre 1987 (RJ 1987\6877yRJ 1987\9687), 18-7-1988 (RJ 1988\5914), 23 enero y 17 junio 1989 (RJ 1989\427yRJ 1989\4732), 20 marzo y 22 diciembre 1990 (RJ 1990\2246yRJ 1990\10183), 11 febrero, 27 marzo y 2 abril 1991 (RJ 1991\784,RJ 1991\2226yRJ 1991\3278), 20 enero, 17 marzo y 14 abril 1992 (RJ 1992\715,RJ 1992\2226yRJ 1992\4146), 15-3-1993 (RJ 1993\2523), etc.-."*

Es por ello que la Memoria alcanza una importancia capital a la hora de valorar la actuación administrativa hasta el punto que no es un documental más, sino consustancial e insoslayable conforme al artículo 12-3 a) de la LS de 1976 pues es el instrumento a partir del cual fluyen las motivaciones de las determinaciones del planeamiento -SS. TS 9 julio y 20 diciembre 1991 (RJ 1991\9737yRJ 1992\314), 15-12-1992 (RJ 1992\9834).

En consecuencia la ausencia de motivación o la motivación defectuosa puede comportar un defecto invalidante que incide en supuesto de anulabilidad, o bien defecto constitutivo de mera irregularidad no invalidante de forma que el deslinde entre uno y otro actuar reside en la concreción de la entidad de la omisión operada, de forma que se ignore el proceder administrativo en el que se funda la decisión adoptada y se impida en definitiva el conocimiento de los datos precisos sobre los que la Administración ha llegado a esa concreta decisión.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

TERCERO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 6/1998 aplicable a tenor de la fecha de los hechos, tienen la consideración de suelo urbano el suelo transformado por contar como mínimo con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidados por la edificación en la forma y características fijadas en la normativa urbanística. Ese terreno confronta directamente con dos franjas de suelo que las propias NNCCSS clasifican como suelo urbano, y tiene salida directa a vial urbanizado, constatándose que toda la finca está rodeada por suelo urbano.

En materia de clasificación de suelo urbano no existe ius variandi de la administración que viene obligada a clasificar como tal el suelo que tuviere los elementos fijados en dicho artículo y así lo declara la Jurisprudencia cuando señala que "la definición con rango legal del suelo urbano constituye un límite de la potestad de planeamiento ...de suerte que la administración queda vinculada por una realidad que ha de reflejar en sus determinaciones clasificatorias" (St. TS 5/2/08, 6/5/97, 3/5/95, 18/7/95 y 3/10/95 entre otras muchas)

La finca de autos, ya hemos dicho que está integramente rodeada por suelo urbano consolidado por la urbanización y por la edificación, y ello ha quedado plenamente probado en la pericial practicada en autos, que además, acredita la improcedencia de un uso o destino agrícola o rústico en dichos terrenos según se observa en su respuesta cuarta, remarcando el perito también que ese terreno confronta con calle completamente urbanizada. Y constituye junto con otro terreno ubicado en Cala Pada al otro extremo de la ensenada los únicos puntos que dentro del contexto de toda la malla urbana, quedan fuera de clasificación de suelo urbano.

Refiere el perito que la decisión de la administración en cuanto al corte del suelo urbano del suelo rústico "*coincide plenamente con el lindero de fondo del solar catastral colindante clasificado como turístico T-3 y no responde de manera alguna a ningún criterio urbanístico*" añadiendo que "*se trata de un corte arbitrario que no tiene justificación coherente alguna; es decir, si este lindero al que nos referimos del solar contiguo hubieses estado situado más al fondo, el límite del suelo urbano por el cual se ha cortado la clasificación de esta parcela, tendría también la misma profundidad; por lo tanto no se entiende ni queda justificada la delimitación del suelo urbano de toda esa manzana*".

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

CUARTO: Pues bien, con tales antecedentes la Memoria de las NNCCSS en cuanto a la desclasificación de esos terrenos, es tan escasa como inexistente. En efecto al punto 6.23 señala en el número de población de Cala Pada "*la delimitación reduce considerablemente la definida en el PDSU excluyendo de la clasificación dos grandes piezas de terreno en sus límites N y S*". Con tan sucinta explicación es claro que la administración no expone argumento alguno ni concreta cuál de los criterios de actuación reflejados en el artículo 3.6 de esa misma Memoria –que expone que se ha procedido a una aplicación estricta de los criterios generales de clasificación de suelo urbano de aquellos terrenos cuyo grado de transformación por la urbanización no alcanza la totalidad de las condiciones fijadas en el artículo 8 de la LSV 98– es aplicable a esa desclasificación, máxime cuando ocurre en el presente caso la finca está enteramente rodeada de suelo urbano.

La administración dice que la motivación se encuentra en los informes técnicos y del Ayuntamiento emitidos en su día, los cuales aseveran que no existe un grado de desarrollo suficiente en esos terrenos. Pero es en la Memoria y no en los informes posteriores, donde ha de exponerse la justificación de las actuaciones realizadas, siendo tal motivación ineludible y no salvable por informes posteriores.

Además es un dato que a la Sala le parece trascendente, que esos informes que le negaron tal condición, contradicen el propio actuar administrativo acreditado en autos, ya que se ha demostrado que en el avance de la revisión del planeamiento realizado en enero de 2005, o sea posterior en sólo seis meses a la entrada en vigor del instrumento de planeamiento que ahora analizamos, ese mismo terreno, el Ayuntamiento lo clasifica como suelo urbano, y así se acredita tanto de la documental expedida por el Ayuntamiento de Santa Eulalia que certifica ese extremo, como por lo referido por el perito que ha depuesto en autos.

Así las cosas, la justificación y argumentación del actuar administrativo que decidió la desclasificación ineludible en la Memoria, resulta insuficiente en el supuesto de autos, de forma que el defecto constatado, es constitutivo de vicio invalidante conforme a lo establecido en el artículo 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pues no

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

se alcanza a conocer las razones y argumentos que han movido a la administración a esa desclasificación.

Por lo tanto las NNCCSS a parte de ignorar la realidad de lo fáctico en cuanto a la realidad de esos terrenos pues la administración viene constreñida a reconocer y clasificar como tal el suelo urbano consolidado, además, exigía una explicación motivada que justificara la decisión adoptada, y esa motivación no es dispensable en modo alguno ya que ello obedece a razones de seguridad jurídica y posibilidad de defensa de la parte, convirtiéndose esa decisión en arbitraria e injustificada, resultando además esa actuación una contradicción de los propios actos administrativos posteriores.

Por todo ello debe prosperar el recurso y ha de anularse el acto administrativo impugnado en lo que afecta al terreno objeto de autos sito en Cala Pada.

QUINTO: En materia de costas de conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, no procede hacer especial imposición de costas

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

PRIMERO: ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINSITRATIVO seguido a instancias de RESIDENCIAL LOS PINOS S.A. contra el Acuerdo adoptado por la Comisión del Govern del Consell Insular de Ibiza y Formentera en sesión de 4 de noviembre de 2004, por el que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la recurrente en fecha 26 de julio de 2004 a las Normas Complementarias y Subsidiarias de Santa Eulalia del Río.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SEGUNDO: ANULAMOS el acto administrativo impugnado por no ser acorde a la legalidad del ordenamiento jurídico en lo que se refiere a los terrenos propiedad de la recurrente sitos en Cala Pada.

TERCERO: Todo ello sin costas

Notifíquese esta Resolución conforme previene el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , expresando que contra la misma cabe recurso de casación en el plazo de ante el Tribunal Supremo en el plazo de diez días siguientes a la notificación de la sentencia previo depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la Disposición adicional Decimoquinta de la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dª. Carmen Frigola Castillón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

Las anteriores fotocopias coinciden bien y fielmente con sus originales a que me remito y para que conste y surta efectos dónde convenga, expido y firmo el presente en Palma de Mallorca a, 11 de Mayo de dos mil 2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECRETARIO