



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

SENTENCIA: 00514/2015

P.
COPIA

SENTENCIA Nº 514

En Palma de Mallorca a 15 de Septiembre del 2015

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D^a: Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears el presente procedimiento nº 122/2013 seguido a instancia de la entidad mercantil MENANI S.A., representada por el Procurador Sr. D. Juan Cerdó Frías y defendida por el Letrado Sr. D. Antonio Botella García contra el AJUNTAMENT DE POLLENÇA representado por el Procurador D. Juan José Pascual Fiol y defendido por el Abogado Sr. Miquel Ripoll Torres.

Es objeto de impugnación en autos la desestimación presunta de la solicitud planteada por la mercantil recurrente ante el Ayuntamiento demandado el 25 de noviembre de 2011.

La cuantía del procedimiento se fijó en Indeterminada.

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

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La mercantil recurrente interpuso recurso contencioso el 16 de abril de 2013 que se registró al nº 122/2013 el que se admitió a trámite el 19 de abril de 2013 ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO: Recibido el expediente el Procurador Sr. Cerdó Frias formalizó la demanda en fecha 26 de noviembre de 2013 solicitando en el suplico que en su día se dicte sentencia por la que el acto presunto impugnado no es acorde a dercho y se anule y deje sin efecto y en consecuencia se excluya de las previsiones del PGOU de Pollença la servidumbre de acceso al mar a través del camino de Ternelles o subsidiariamente, ordenando a la Administración demandada a que proceda a la necesaria adaptación en el plazo de dos meses. Interesó el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO: La defensa del Ayuntamiento demandado presentó su escrito de contestación y oposición a la demanda el 3 de enero de 2014 y solicitó sentencia por la que se desestimara íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto. También solicitó el recibimiento del pleito a prueba.

CUARTO: En fecha 15 de enero de 2014 se dictó decreto fijando la cuantía en Indeterminada y el 1 de septiembre de 2014 se dictó Auto por el que se abrió el procedimiento a prueba con el resultado que obra en autos. Abierto el trámite de conclusiones la parte actora presentó su escrito el 25 de noviembre de 2014 y lo mismo hizo la parte demandada el 29 de diciembre de 2014.

El 6 de marzo de 2015 se aportó por la parte demandada Sentencia del TS de la Sala Primera de fecha XXX resolviendo recurso de casación interpuesto por la aquí recurrente contra el Ayuntamiento sobre acción declarativo de dominio y acción negatoria de servidumbre a la que se había aludido durante el debate, en concreto

en el hecho sexto de la demanda, dándose trámite de audiencia a la adversa. Se declaró concluida la discusión escrita y se ordenó traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia, señalándose para la votación y fallo el día 15 de septiembre de 2.015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se ha dicho ya el acto administrativo impugnado.

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

1º.- La mercantil Menani SA es propietaria de las fincas conocidas en su conjunto como Ternelles que está integrada por cuatro fincas registrales, a saber, la registral nº 3727, la nº 15167, la nº 1700 y la nº 1682 todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad de Pollença. Todos los caminos que la cruzan son propiedad privada de la mercantil. Así lo ha declarado la Jurisdicción Civil en sentencia firme de 20 de octubre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Inca en autos de Juicio Ordinario 282/2010, confirmada por la Sentencia nº 47/2013 de 4 de febrero de la Audiencia Provincial Sección Cuarta, y Sentencia del TS de la Sala Primera nº 98/2015 dictada en recurso de casación 914/2013 que desestimó la casación interpuesta contra la Sentencia de la Audiencia Provincial.

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

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

La Sentencia del TS 98/2015 de 27 de febrero de la Sala Primera dictada en casación dice:

"2 .- Las sentencias de instancia han estimado la acción declarativa de dominio con la declaración explícita en el fallo, "que por dichas fincas no discurre camino alguno que no sea propiedad de la parte demandante y que en el interior de esas fincas no existe ningún camino de dominio público". Esta primera acción de la demanda ha sido estimada y consentida por el Ayuntamiento demandado y no ha llegado a casación. Así, se ha consolidado el derecho de propiedad de MENANI, S.A. sin camino alguno ajeno que atravesase su predio.

Otra cosa es la acción negatoria de servidumbre. Esta acción ha sido rechazada por las sentencias de instancia; no cabe obviar que no ha sido ejercitada por la parte demandada la acción confesoria de servidumbre por lo que sólo cabe entrar en casación sobre la negación o no de una servidumbre, sin pronunciarse expresamente sobre su existencia.

La sentencia de primera instancia, del Juzgado nº 2 de Inca, de 20 octubre 2011 , advierte que el Ayuntamiento de Pollença, como demandado, mantiene que la finca Ternelles está gravada por la servidumbre legal de acceso público al mar que impone la vigente ley de costas.

Es de interés recordar el texto del artículo 550 del Código civil :

"Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y, en su defecto, por las disposiciones del presente título."

Y, asimismo, la sentencia de 15 diciembre 1993 de esta Sala , expresa, con referencia a este artículo:

"Los derechos reales de servidumbre no se agotan en los que contempla el Código Civil y así su artículo 550 lo da a entender, acentuándose su carácter de norma de remisión, en cuanto a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal, las que se rigen por las leyes y reglamentos especiales y, en su defecto, es decir, en todo caso, por la normativa civil de las servidumbres legales."

3.- En el caso presente tiene aplicación el artículo 28 de la Ley 22/1988, de 28 julio de costas, artículo que no ha sido modificado por la ley 2/2013 de 29 mayo que ha alterado sustancialmente aquélla. Dicho artículo parte de la presencia de una servidumbre de acceso... es decir, de paso (apartado 1), que los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral establecerán... la precisión de suficientes accesos al mar... (apartado 2).

1. La servidumbre de acceso público y gratuito al mar recaerá, en la forma que se determina en los números siguientes, sobre los terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre, en la longitud y anchura que demanden la naturaleza y finalidad del acceso 2.- Para asegurar el uso público del dominio público marítimo-terrestre, los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral establecerán, salvo en espacios calificados como de especial protección, la previsión de suficientes accesos al mar y aparcamientos, fuera del dominio público marítimo-terrestre.

La resolución administrativa que constituyó la controvertida servidumbre es conforme a derecho, puesto que obra en autos la sentencia firme del Tribunal Superior de

Justicia de Les Illes Balears, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 5 noviembre 2008 , que así lo declaró al desestimar el recurso contencioso- administrativo interpuesto por MENANI, S.A. contra un acuerdo dictado el 27 noviembre 2006 por el Consell Executiu del Consell Insular de Mallorca, acuerdo que inadmitió a trámite el recurso de alzada interpuesto por MENANI, S.A. frente a una resolución anterior de este órgano de 26 julio 2006.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 4 febrero 2013 confirma la anterior y precisa que la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio en sesión celebrada el 26 julio 2010 adoptó el acuerdo de adicionar a las previsiones de accesos a la costa norte previstos en el plan de ordenación urbana de Pollença, mediante la constitución de servidumbre de paso peatonal, las prescripciones y limitaciones que constan en el mismo, como son; acceso solo para peatones, que el camino será desde la barrera de entrada hasta el castillo y hasta Cala Castell; número máximo de visitantes 20 personas diarias, no estará permitido hacer fuego, llevar perros, canes u otros animales, ni hacer acampadas etc.

(...)

8...9 2.- El motivo segundo se formula al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 539 del Código civil , en relación con el artículo 28 de la Ley de Costas y 54.2 de su reglamento. .

El motivo se desestima porque, como se ha dicho al resolver -desestimándolo- el motivo anterior, no se trata de una servidumbre como la contempla el Código civil como derecho real en cosa ajena, sino que es una limitación a la propiedad, entendida ésta como función social delimitadora del contenido, que no precisa título alguno, ni una previa expropiación, sino meramente una declaración de su existencia "para asegurar el uso público marítimo-terrestre" , como dice el artículo 28.2 de la citada ley de costas, existencia, como añade esta norma, como "previsión de suficientes accesos al mar".

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

el PGOU de Pollença, ordenando la retroacción de las actuaciones para que respetando el Acuerdo tomado por el Ayuntamiento de Pollença se le adicionaran las determinaciones precisas para asegurar el uso público idóneo de los bienes afectados por la Resolución impugnada.

Dice la Sentencia del TS de 18 de octubre de 2001:

“CUARTO

Desde otra perspectiva, la de la Ley de Costas, es claro el error en que la sentencia incurre. Efectivamente el artículo 28 establece en su apartado segundo: «Para asegurar el uso público del dominio público marítimo-terrestre, los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral establecerán, salvo en espacios calificados como de especial protección, la previsión de suficientes accesos al mar y aparcamientos, fuera del dominio público marítimo-terrestre. A estos efectos, en las zonas urbanas y urbanizables, los de tráfico rodado deberán estar separados entre sí, como máximo, 500 metros, y los peatonales, 200 metros. Todos los accesos deberán estar señalizados y abiertos al uso público a su terminación».

Ello supone que las previsiones que dicho precepto contempla tienen naturaleza imperativa, pero entendemos que la salvedad que el precepto contiene respecto a los espacios calificados como de especial protección no significa que en ellos no tenga aplicación el precepto citado, sino que las previsiones descritas podrán ser objeto de regulación y limitación, e incluso eliminadas en todo o en parte.

Entendemos que el principio general se establece en el apartado primero del precepto. En él se ordena la constitución de la servidumbre de acceso público y gratuito al mar. Es la naturaleza de los terrenos sobre los que haya de discurrir la servidumbre la que deberá dar lugar a la fijación de sus características. En terrenos de especial protección, y cuando así lo exijan sus peculiaridades que deben resultar del expediente, se podrá acordar parte de la exclusión total del uso público. Pero mientras no conste en el expediente, sino al contrario, la necesidad de esta exclusión el principio ha de ser el del uso público, aunque con las limitaciones que resulten procedentes.

Finalmente, y sólo desde un punto de vista dialéctico, aunque la cuestión tiene una evidente repercusión en el ámbito de Autonomía Local, no puede aceptarse la argumentación contenida en la sentencia sobre «la falta de motivación legal de la propuesta». Contrariamente, y por lo razonado, la «propuesta» tenía a su favor los principios legales aplicables. Es la resolución recurrida quien invoca unos intereses ambientales que no resultan del expediente, en defensa de unas competencias que tampoco se acreditan y con el apoyo de unos preceptos legales que no prestan cobertura bastante a las prescripciones actuadas.

4º.- Como consecuencia de la retroacción ordenada en la Sentencia del Alto Tribunal, se firmó un Convenio entre el Ayuntamiento de Pollença, el Consell Insular de Mallorca y la UIB para conformar un estudio técnico sobre la accesibilidad al mar por las fincas de Ariant y Ternelles y definir los criterios de preservación de sus

valores naturales y culturales, estudio que fue realizado por el Catedrático del Departamento de Biología D. Miquel Morey y por el biólogo D. Maurici Ruiz.

5º.- A la vista de ese estudio, el Consell Insular de Mallorca en ejecución de la sentencia del TS de 18 de octubre de 2001, en sesión de 26 de julio de 2006 adoptó el Acuerdo que adicionó las correspondientes prescripciones y limitaciones en orden al aseguramiento del uso público idóneo de los bienes afectados, entre ellos el camino de Ternelles. Y como fuere que la mercantil recurrente Menani SA no estuviere conforme con ese Acuerdo, lo impugnó dictándose Acuerdo del Consell Executiu del Consell Insular de Mallorca el 27 de noviembre de 2006 que inadmitió la alzada interpuesta contra la Resolución de 26 de julio de 2006, que fue a su vez impugnado ante la jurisdicción contenciosa tramitándose el PO 9/2007 que fue resuelto en Sentencia de esta Sala nº 629/2008 de 5 de noviembre que lo desestimó, confirmando la legalidad de los actos impugnados. Esa es la sentencia aludida en la reciente sentencia nº 95/2015 del TS de la Sala Primera .

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

7º.- La parte actora presentó el 25 de noviembre de 2011 ante el Ayuntamiento de Pollença escrito en el que pretendía la adaptación del PGOU de Pollença al PORN y que se suprimiera del planeamiento municipal la posibilidad de constituir la servidumbre peatonal de paso en la finca de Ternelles. Esa solicitud no fue contestada por el Ayuntamiento y su desestimación presunta es el acto objeto de impugnación en el presente recurso contencioso.

8º.- La actora explica en su demanda que según la zonificación del PORN, el Camino de Ternelles por el que se hace efectiva la servidumbre de paso para acceso al mar discurre por zonas de uso compatible, de uso limitado y zonas de

exclusión. La parte actora ha aportado a los autos un informe emitido por el Ingeniero técnico agrícola Sr. Carulla Gratacós en el que se hace una detallada medición de los tramos en que el camino de Ternelles discurre por zonas de exclusión.

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

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

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

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

9º.- Se opone a ese planteamiento la defensa del Ayuntamiento demandado. Considera en primer lugar que la pretensión principal de la recurrente consistente en la exclusión de la servidumbre de acceso al mar de las previsiones del PGOU resulta

inadmisible pues con tal pretensión la parte actora ha hecho una impugnación indirecta del planeamiento municipal, y ello sin que haya habido ningún acto de aplicación del mismo, pues la solicitud denegada por silencio en absoluto es asimilable a un acto de aplicación y/o ejecución del PGOU. Y en cuanto a la petición subsidiaria de que se adapte el PGOU al PORN resulta inestimable, por cuanto se fundamenta en una contradicción que según el Ayuntamiento no existe, ni es tal contradicción.

SEGUNDO: Comenzaremos el análisis del debate por la inadmisibilidad del recurso denunciada por la demandada en relación a la petición principal del suplico de la demanda, esto es, que la desestimación presunta de la solicitud de adaptación del PGOU de Pollença a lo exigido en el PORN no es conforme a derecho y se anule y se excluya de las previsiones del PGOU de Pollença la servidumbre de acceso al mar a través del Camino de Ternelles.

Remarquemos en este momento que la pretensión principal de la demanda es coincidente con la solicitada en el escrito presentado en vía administrativa que pretendía se suprimiera del planeamiento municipal la posibilidad de constituir la servidumbre peatonal de paso en la finca Ternelles

Dicho ello, la inadmisibilidad denunciada por la demandada no ha de prosperar. Siendo cierto que la impugnación indirecta de una disposición general precisa como punto de partida e ineludible de un acto de aplicación, a partir del cual es posible la impugnación indirecta de aquella disposición general, todo ello de conformidad con el artículo 26 de la LJCA, en el presente caso el acto de aplicación coincide con la propia existencia de la servidumbre de paso para acceso al mar, gravamen que constituye una limitación de propiedad que padece la actora en la finca de Ternelles que le obliga a consentir y tolerar el paso de las personas y público en general, para acceder a la playa des Castell o a la Fortaleza del Castell del Rei. El acto de aplicación del planeamiento es pues la propia existencia de la servidumbre que impone a la mercantil recurrente la obligación de consentir el paso al público en general a través de la finca de su propiedad. Y para que ello tenga efectividad no es preciso de ningún otro acto de aplicación administrativa, porque la limitación de propiedad reside específicamente en la propia servidumbre de paso que contempla el planeamiento general.

En consecuencia no debe prosperar la inadmisibilidad denunciada por la defensa del Ayuntamiento demandado y debe entrarse en el fondo del asunto.

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

Debemos partir de los siguientes datos obtenidos bien de la documental aportada por ambas partes, bien de pericial de parte efectuada por la actora y aportada con su demanda, bien por conocimiento de la Sala a través de la página web del Ayuntamiento de Pollença:

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

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

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

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

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

4º.- Por su parte y según esa misma pericial (folio 322 de los autos) el camino de acceso al Castell del Rei discurre durante 450 metros en zona de Exclusión y un total de 159 metros de longitud invaden zona de Uso Limitado. La fortaleza se encuentra ubicada en zona de Exclusión.

CUARTO: Sentados los hechos acreditados en autos, analicemos ahora la normativa que es de aplicación al caso.

La Ley estatal 4/1989 de 27 de marzo, actualmente derogada por la ley 42/2007 de 13 de diciembre, introdujo en el ordenamiento jurídico patrio la figura de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, y los Planes Rectores de Uso y Gestión. Los objetivos de los PORN eran entre otros, a) Definir y señalar el estado de conservación de los recursos y ecosistemas en el ámbito territorial de que se trate; b) Determinar las limitaciones que deban establecerse a la vista del estado de conservación; c) Señalar los regímenes de protección que procedan; d) Promover la aplicación de medidas de conservación, restauración y mejora de los recursos naturales que lo precisen; e) Formular los criterios orientadores de las políticas sectoriales y ordenadores de las actividades económicas y sociales, públicas y privadas, para que sean compatibles con las exigencias señaladas (...). Por su parte el artículo 5 recogía el carácter obligatorio y ejecutivo de esos instrumentos en las

materias reguladas por dicha Ley, ordenando que los instrumentos de ordenación territorial o física debían adaptarse al contenido de los PORN, cuyas determinaciones no se podían alterar o modificar. Y lo mismo ocurre con los PRUG conforme a lo establecido en su artículo 19-2.

En la actualidad el artículo 18 de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad de 13 de diciembre en su artículo 18.2 establece que *“Cuando los instrumentos de ordenación territorial, urbanística, de recursos naturales y, en general, física, existentes resulten contradictorios con los Planes de Ordenación de Recursos Naturales deberán adaptarse a éstos. En tanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre dichos instrumentos.”*

La ley autonómica 5/2005 de 26 de mayo de conservación de espacios de relevancia ambiental en les Illes Balears regula la figura de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales como instrumentos para adecuar la gestión de los espacios de relevancia ambiental cuyo objeto, y en su artículo 7-2 establece que *“El objeto, los efectos y el contenido mínimo de los planes de ordenación de los recursos naturales son los establecidos en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres”*. Por lo tanto es clara la supremacía y mayor rango del PORN en relación a los instrumentos de planeamiento y de ordenación territorial en lo que afecta a las cuestiones detalladas en esos instrumentos de ordenación en cuanto a discrepancias y contradicciones que pudieran existir.

Como indica la Exposición de Motivos de esa ley *“La aplicación de un régimen de protección a determinados espacios naturales en relación con su relevancia ambiental tiene que responder a tres finalidades principales: conservación de la naturaleza, promoción y desarrollo socio-económico, y dotación de lugares de esparcimiento y disfrute de la ciudadanía.”* Es desde esta perspectiva que el presente debate ha de analizarse, en tanto que lo que aquí se dilucida es el mantenimiento o continuidad del derecho de paso a pié y en un número de sólo 20 personas al día que el PGOU de Pollença aprobado definitivamente el 26 de julio de 2006 contempla, a través de la finca de la recurrente, para acceder a dos enclaves distintos, al Castell des Rei y a la Platja des Castell. O dicho de otra forma, si el PORN aprobado por Decreto 19/2006 de 16 de marzo, y por lo tanto posterior a la

aprobación del PGOU que contempla esa servidumbre de paso en la forma y limitaciones establecidas, ha comportado que esa servidumbre medioambiental y para acceso a la playa suponga una contravención absoluta del planeamiento municipal a aquel Instrumento de superior rango.

Pues bien, dispone la ley autonómica 5/2005 de 25 de mayo de Conservación de Espacios de Relevancia Ambiental en les Illes Balears:

Artículo 18. Usos y aprovechamientos

- 1. El uso y el aprovechamiento de los bienes y recursos incluidos en el ámbito de un espacio natural protegido tiene que realizarse de manera que resulte compatible con la conservación de los valores que fundamentan su declaración.*
- 2. Dentro del ámbito de un espacio natural protegido los usos pueden ser permitidos, autorizables o prohibidos.*
- 3. Los instrumentos de planificación o las normas de protección de cada espacio natural protegido establecerán la clasificación de los usos en estas tres categorías.*
- 4. Las referencias a la autorización de usos se entienden sin perjuicio de que tengan que ser objeto de licencia urbanística, declaración de interés general o autorización administrativa de cualquier otra clase.*



Artículo 19. Usos permitidos

- 1. Con carácter general, los usos permitidos son todos los compatibles con los objetivos de protección de cada espacio natural protegido.*
- 2. En particular, son usos permitidos:*
 - a) Todos los usos y todas las actividades existentes en el momento de la declaración del espacio natural, a excepción de los expresamente declarados incompatibles u objeto de especial regulación en los instrumentos de planeamiento medioambiental.*

(...)

El Plan de Ordenación de Recursos Naturales de la Serra de Tramuntana aprobado por Decreto del Govern Balear 19/2007 de 16 de marzo (BOIB nº 54 ext de

11/4/2007) en su artículo 3 establece las categorías de zonificación en ese espacio contemplándose cuatro categorías distintas: la zona de Exclusión regulada en los artículos 8 y siguientes, la Zona de Uso Limitado que la ley define en los artículos 11 y siguientes, la zona de Uso compatible regulada en los artículos 14 y siguientes y la Zona de Uso General, artículos 17 y siguientes.

El artículo 7-2 del PORN define los usos permitidos y establece:

Artículo 7

Clasificación de los usos

1. *De conformidad con lo previsto en la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la conservación de los Espacios de Relevancia Ambiental dentro del ámbito de aplicación de este Plan los usos pueden ser permitidos, autorizables o prohibidos.*
2. *Los usos y actividades permitidos son aquellos que por su propia naturaleza son compatibles con los objetivos de protección de cada zona. Con carácter general se consideran usos o actividades permitidos los agrícolas, ganaderos, forestales y pesqueros tradicionales y otros no tradicionales que resulten compatibles con los objetivos de conservación.*
3. *Se consideran usos o actividades autorizables los previstos como tales por ser, bajo determinadas condiciones, compatibles con la protección del medio natural sin deterioro de sus valores, así como todos los usos y actividades no definidos como permitidos o prohibidos.*
4. *Son usos y actividades prohibidos los declarados como tales en razón de su incompatibilidad con la protección y por suponer un peligro actual, directo o indirecto.*

Dispone el artículo 8 regulador a las zonas de Exclusión:

Artículo 8

Definición

1. *Son aquellas áreas con una mayor calidad biológica o que contienen los elementos bióticos o abióticos más frágiles, amenazados o representativos.*
2. *Forman parte de estas zonas los islotes, farallones, acantilados y zonas escarpadas, cumbres culminares, torrentes encajados, simas y cavidades*

subterráneas y, otras áreas de interés ambiental excepcional grafadas en el anexo cartográfico II.2

Artículo 9

Funciones

Las zonas de exclusión tienen como funciones fundamentales la protección integral de los ecosistemas, comunidades y elementos bióticos y abióticos que contienen y la preservación de los procesos ecológicos naturales que se producen.

La vocación de estas áreas es la conservación o restauración de sus valores naturales; el mantenimiento de la calidad paisajística y ecológica y también la investigación científica.

Artículo 10

Usos a fomentar

Se fomentará el estudio de sus valores naturales, la mejora de los hábitats, el mantenimiento de la calidad paisajística y la eliminación de especies alóctonas.

Y los artículos 60 y siguientes relativos a las actividades de ocio señalan:

Artículo 60

Marco general

- 1. Los usos públicos en el ámbito territorial del Plan deben desarrollarse con respeto a los bienes públicos y privados y a los derechos y propiedades de la zona. Cualquier actividad que se lleve a cabo debe realizarse de forma que no suponga peligro o daño al medio natural, ni al patrimonio, ni a las personas.*
- 2. Los usuarios deben circular, como regla general, por los caminos y pistas permitidos para este uso de acuerdo con lo que detalle el Plan Rector de Uso y Gestión.*
- 3. La administración, en los términos que acuerde con los propietarios y otros titulares de derechos habilitará, cuando proceda, los itinerarios y las zonas para el disfrute público de este espacio. Estos acuerdos pueden consistir en la suscripción de convenios o servidumbres de interés medioambiental previstos en el artículo 45 de la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la conservación de los espacios de relevancia ambiental.*
- 4. Las administraciones deben fomentar las actividades lúdico-deportivas respetuosas con la naturaleza -senderismo, cicloturismo, excursiones a caballo, etc.-*

en las fincas públicas, o en aquellas privadas con las cuales se haya pactado un acuerdo con la propiedad. El Plan Rector de Uso y Gestión regulará con más detalle estas actividades.

5. Se consideran un uso prohibido en todo el ámbito territorial del Plan los circuitos deportivos.

Artículo 61

Régimen general

1. Con carácter general las actividades recreativas y las deportivas que no sean de competición son actividades permitidas en las zonas de uso limitado, de uso compatible y de uso general, siempre que no impliquen la emisión de ruido y que no se realicen campo a través.

2. Las actividades recreativas y deportivas de cualquier clase están prohibidas en las zonas de exclusión.

3. En cualquier caso, el Plan Rector de Uso y Gestión debe regular estas actividades y ha de establecer los criterios para su desarrollo atendiendo a la mínima incidencia sobre el medio natural y la capacidad de carga. Asimismo atendiendo a estos criterios podrá fijar supuestos concretos exceptuables de la regla general.

4. Lo que establece este artículo ha de entenderse sin perjuicio de otras disposiciones más específicas contenidas en este Plan o las que pueda regular el Plan Rector de Uso y Gestión.

Artículo 62

Matriz de usos recreativos y deportivos

Como marco general que debe desarrollar el Plan Rector de Uso y Gestión se establecen los siguientes criterios:

a) Zonas de exclusión: Prohibidos los usos recreativos y deportivos de cualquier clase.

b) Zonas de uso limitado: Prohibidos los deportes de competición o que impliquen la emisión de ruidos. Estas actividades podrán ser objeto de autorizaciones puntuales, siempre que sean guiadas y no interfieran sobre los objetivos de conservación imponiendo las oportunas condiciones y restricciones, si procede.

Autorizables los usos recreativos, salvo los itinerarios de uso público ofertados por el organismo gestor de los espacios naturales protegidos que son un uso permitido.

c) *Zonas de uso compatible. Permitido el uso recreativo. El uso deportivo de competición o que implique la emisión de ruidos es autorizable pero no campo a través.*

d) *Zonas de uso general. Está permitido el uso recreativo y el deportivo incluido el de competición. No obstante, si el uso deportivo debe desarrollarse campo a través o implica la emisión de ruidos será un uso autorizable.*

La designación de un uso recreativo o deportivo como permitido, autorizable o prohibido, es independiente de que el usuario deba obtener la necesaria autorización para el correspondiente paso con los titulares de derechos si no se trata de lugares, senderos o caminos públicos o habilitados

El artículo 96 del PORN regula la red viaria y movilidad en el ámbito territorial del Plan de Ordenación y dispone:

- 1. Toda actuación de mejora o acondicionamiento de las vías existentes dentro del ámbito territorial del Plan, cualquiera que sea su tipología, modalidad o titularidad, debe llevarse a cabo considerando el carácter protegido de este espacio natural protegido y reduciendo tanto como sea posible los impactos que se generen.*
- 2. Dentro del ámbito territorial de este Plan no pueden abrirse nuevas carreteras ni rondas, igualmente está prohibida la apertura de nuevos viales y caminos con la excepción de los necesarios para la prevención y extinción de incendios, los cuales tienen que incluirse en los planes de defensa contra incendios forestales. La habilitación de senderos, pistas forestales u otro tipo de vías vinculadas a la oferta de uso público o a la eliminación de biomasa forestal residual se considera autorizable. A falta de esta vinculación y, en cualquier caso, en las zonas de exclusión, esta habilitación está prohibida.*
- 3. El Plan Rector de Uso y Gestión debe tipificar y regular el uso de los caminos existentes. En cualquier caso, el uso de los caminos y viales debe quedar siempre expedito a los propietarios y sus autorizados, los servicios ambientales relacionados con la gestión del espacio, los de urgencia, de protección civil, sanitarios o similares.*
- 4. Queda prohibido el tránsito rodado campo a través con excepción del necesario para el desarrollo de las tareas agrícolas y silvícolas. Asimismo para evitar los*

procesos erosivos está prohibido el uso de atajos, a los cuales, el Plan Rector de Uso y Gestión aplicará sistemas de restauración y revegetación con la finalidad de establecer un único itinerario y así evitar la erosión.

5. El Plan Rector de Uso y Gestión diseñará una red específica de itinerarios considerando su uso para vehículos a motor, excursionistas, ciclistas o para caballos, con el fin de compatibilizar estas actividades con la conservación de los recursos naturales, la integridad de las propiedades, permitiendo el acceso, tanto como sea posible, a los lugares costeros y otros puntos singulares de paisaje y patrimonio. La red de itinerarios se hará preferentemente sobre viales de titularidad pública, sin perjuicio que mediante convenios de interés medioambiental con los propietarios puedan ofrecerse itinerarios que discurran a través de propiedad privada.

6. El organismo gestor de los espacios naturales protegidos debe fomentar la utilización de medios de transporte no contaminantes y respetuosos con el medio ambiente.

QUINTO: Siendo esta la normativa que constituye la regulación aplicable, pronto se comprende que el debate ha de examinarse desde la perspectiva, no tanto de si el camino atraviesa por Zona de Exclusión o no, que en mayor o menor longitud ya hemos dicho que sí la atraviesan, sino si es posible o no que el público en general pueda acceder como uso recreativo y de ocio a los enclaves de la Platja des Castell y al Castell des Rei, por encontrarse esos concretos parajes en Zona de Exclusión.

Que el camino atravesase o no paraje de Zona de Exclusión, como efectivamente ha quedado probado en autos que ocurre, tanto para el tramo que accede a la fortaleza, como los últimos 65 metros de acceso a la Playa des Castell, al fin resulta intrascendente, por cuanto el PORN produce efectos desde su publicación en adelante, de forma que conforme al artículo 96 -2 de ese instrumento “no pueden abrirse nuevos caminos (...)” en el ámbito territorial de ese planeamiento, lo que no equivale a considerar que los que ya están abiertos hayan devenido inoperativos, máxime cuando el propio PORN establece en su artículo 1-2 :

“El ámbito territorial del presente Plan es el que se define gráficamente en el plano que constituye el anexo cartográfico II.1 de este documento y comprende total o parcialmente los términos municipales de Alaró, Andratx, Banyalbufar, Bunyola, Calvià, Campanet, Deià, Escorca, Esporles, Estellencs, Fornalutx, Lloseta, Mancor de la Vall, Palma, Pollença, Puigpunyent, Santa Maria, Selva, Sóller y Valldemossa y excluye los sistemas de infraestructuras, equipamientos y las APT de carreteras grafiadas y previstos en el PTI de Mallorca aprobado por el Pleno del Consell Insular de 3 de diciembre de 2004.” Nótese que en la cartografía del PTI de Mallorca el camino que accede hasta el Castell del Rei ya está contemplado en el plano de Rutas de Interés Cultural y Naturalístico, y en concreto en la ruta de castillos.

SEXTO: Por lo tanto, el debate ha de reconducirse al análisis del acceso del público a esos dos concretos parajes en el legítimo derecho a disfrutar como uso recreativo y de ocio del entorno natural en el que se encuentran.

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

De la cartografía aportada a los autos se observa que toda la zona ribereña con el mar en ese concreto enclave es zona de Exclusión, por lo que el disfrute del baño en esas concretas aguas resulta un uso prohibido. En consecuencia en la medida que el camino que constituye la servidumbre de paso para acceso al mar, encontrándose la ribera marítima en zona de exclusión, la posibilidad de que el público en general pueda acceder a esa concreta zona y en particular a la playa des Castell para las actividades propias en ese ámbito, actividades que tienen naturaleza lúdica y de recreo, al fin deviene un uso prohibido. Y ello porque así lo establece

expresamente el PORN al calificar toda esa zona territorial como zona de exclusión, lo que equivale a un entorno de alto valor ambiental y digno de protegerse, pudiendo realizarse en ese espacio únicamente los usos que para esa zona contempla el citado Instrumento. Así pues el PORN ha comportado la contradicción entre ese planeamiento y la servidumbre de acceso al mar contemplada en el PGOU, en lo que concierne a todo el espacio que discurre por zona de exclusión, ya que no es posible que el público en general acceda al ámbito espacial de la zona de exclusión, y tanto la playa des Castell como la fortaleza se sitúan claramente en dicha zona. Y que el PRUG pueda establecer excepciones a la regla general conforme al artículo 61-3 del PORN no significa que pueda contemplar excepciones a la prohibición fijada en el apartado 2º del citado artículo, sino únicamente excepciones a la regla general fijada en el artículo 61-1 de ese planeamiento.

La imposibilidad de acceder el público al mar y a su ribera es una realidad que contempla el artículo 2 b) de la Ley 22/1988 de Costas cuando establece que *“La actuación administrativa sobre el dominio público marítimo terrestre perseguirá (...) garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo terrestre, sin más excepciones que las derivadas de interés público debidamente justificadas”*. El ámbito territorial del PORN incluye en la zona de Exclusión de ese concreto paraje a la zona de dominio público marítimo terrestre. Pues bien, si bien la Ley de Costas establece la garantía del uso público del mar y de su ribera, también lo es que la propia Ley de Costas permite determinadas excepciones debidamente justificadas. Y el PORN ha contemplado esa excepción al disfrute recreativo del mar en esa concreta zona y aguas, y ello por encontrarse en un paraje de alto valor ecológico y ambiental, motivo por el cual se ha calificado de Zona de Exclusión.

SÉPTIMO: Y lo mismo ocurre en relación a la fortaleza del Castell del Rei que se encuentra en Zona de Exclusión. Si bien el Plan Territorial de Mallorca contempla el camino de acceso al Castell en la cartografía de rutas culturales y en concreto en la ruta de castillos, en el PORN esa fortaleza queda totalmente incluida en Zona de Exclusión, extremo este que es aceptado por todas las partes en el debate. Pues bien, el uso recreativo y cultural que supone la visita a las ruinas de ese castillo, es un uso prohibido para esa zona, dado su valor ecológico y medio ambiental, pues

solamente están permitidos en zona de Exclusión los usos científicos y los de conservación a tenor del artículo 10 del PORN, artículo inclusive más restrictivo que el artículo 22 a) de la Ley autonómica 5/2005 que permite en zonas de Exclusión usos de tipo educativo además de los usos científicos y de conservación. Por ello, al ser más restrictivo el PORN ha de prevalecer sobre lo contemplado en la Ley.

OCTAVO: El suplico de la demanda solicita en su pretensión principal “se excluya de las previsiones del PGOU de Pollença la servidumbre de acceso al mar” sin distinguir entre el paso que accede a la fortaleza y el paso que accede al mar, lo que equivale a considerar que el cierre del camino de Ternelles es total y desde el principio de camino. Pues bien, atendiendo a que ese camino es un camino privado y que la servidumbre encuentra su ratio essendi para el acceso al mar conforme establece y prevé el artículo 28 de la Ley de Costas, la Sala debe estimar el recurso contencioso y esa pretensión al existir contradicción entre lo establecido en el PORN y el uso recreativo que supone el acceso del público a la playa mediante esa servidumbre de paso que el PGOU contempla, debiendo prevalecer lo establecido en el PORN, por ser instrumento de mayor rango y de directa aplicación. En definitiva ha devenido inviable la servidumbre legal de acceso al mar contemplada en el planeamiento municipal, que tiene su fundamento en el artículo 28 de la Ley de Costas, porque en dicha zona está prohibido el uso recreativo y turístico. Y mantener esa servidumbre hasta el límite de la zona transitable no puede aceptarse porque el fundamento de esa limitación de propiedad reside en el derecho del público en general a acceder al mar conforme al citado artículo 28 de la Ley de Costas, por lo que no ha de mantenerse esa carga o gravamen en aquella parte que actualmente no queda afectada por la prohibición de acceso al público, ya que la finalidad de ese gravamen de la propiedad que no es otro que asegurar el acceso al mar, precisamente queda imposibilitada conforme al PORN por ser un uso prohibido el baño en la Playa des Castell al encontrarse en zona de exclusión.

Y en cuanto al camino que accede a la fortaleza que en su parte final también se sitúa en dicha zona de exclusión, al fin la servidumbre de paso lo era para acceso al mar y a la Playa des Castell, debiendo recordar ahora que la jurisdicción civil ha resuelto que *“que por dichas fincas no discurre camino alguno que no sea propiedad de la parte demandante y que en el interior de esas fincas no existe ningún camino de dominio público”*. Por lo tanto, si desaparece la causa que justifica el

reconocimiento de la servidumbre de paso para acceder al mar no existe razón alguna para mantener el derecho de paso al público por el camino que conduce a la fortaleza hasta el límite de la zona de exclusión, porque ese camino es un camino privado, y la causa y razón de ser de la servidumbre que contempla el PGOU lo es para acceso al mar, que ya se ha dicho que en zona de exclusión es un uso prohibido en la actualidad.

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

NOVENO: En materia de costas de conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, la Sala considera que existen motivos para no hacer imposición de costas. En efecto, la inadmisibilidad alegada por la Administración que en la sentencia se resuelve desestimatoriamente en base a que la servidumbre y su utilización diaria es un acto de aplicación del planeamiento mismo, debe también armonizarse con el hecho de que la parte ha dejado transcurrir mucho tiempo desde la aprobación del PORN aprobado por Decreto 19/2007 y la petición expresa al Ayuntamiento de exclusión de esa servidumbre de paso de acceso al mar, que lo fue el 25 de noviembre de 2011, o sea transcurridos cinco años desde la regulación que contempla aquel Instrumento de planeamiento.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

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

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

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

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

QUINTO: Todo ello sin hacer pronunciamiento de las costas en esta única instancia.

Notifíquese esta Resolución y adviértase que contra la misma conforme previene el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no cabe ulterior recurso.

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. Dña. Carmen Frigola Castellón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.