



Roj: **STSJ BAL 286/2019 - ECLI: ES:TSJBAL:2019:286**

Id Cendoj: **07040330012019100170**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2019**

Nº de Recurso: **398/2018**

Nº de Resolución: **175/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO SOCIAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00175/2019

APELACIÓN

Rollo Sala

Nº **398/2018**

Autos Juzgado

Nº PO 185/2016

SENTENCIA

Nº 175

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 10 de abril de 2019

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D. Fernando Socías Fuster

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte demandante apelante **AMURA-SENIOR BUSINESS ADVISORS,S.L.** representada por el Procurador D. Miguel Ferragut Rosselló y asistido del Letrado D. Antonio Freixa Martín; y como parte demandada apelada el **CONSEJO INSULAR DE FORMENTERA** representado por la Procuradora D^a María Monserrat Montané Ponce y asistida del Letrado D. Josep Costa i Rosselló.

Constituye el objeto del recurso la resolución del Consell Insular de Formentera, de 22 de septiembre de 2016, que deniega la licencia municipal de obra mayor solicitada por la recurrente en fecha 26 de septiembre de 2007 y modificada con proyecto presentado el 2 de junio de 2011, para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en la Venda de Sa Talaïassa en La Mola (parcela 265 del polígono 14 de Formentera).

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . La sentencia N° 281, de fecha 18 de septiembre de 2018 dictada por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Palma , en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, dice literalmente en su fallo:

"Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Consell Insular de Formentera, de 22 de septiembre de 2016, que deniega la licencia municipal de obra mayor solicitada por al recurrente en fecha 26 de marzo de 2007, para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada, que se anulan por ser contrarias a Derecho, reconociendo en su lugar el derecho a la obtención de la citada licencia".

SEGUNDO . Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo, el día 9 de abril de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . *Planteamiento de la cuestión litigiosa.*

A) LOS HECHOS.

1º) En fecha 26 de septiembre de 2007, la entidad AMURA-SENIOR BUSINESS ADVISORS, S.L. solicitó licencia urbanística de obra mayor para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en la Venda de Sa Talaiassa en La Mola (Formentera), parcela 265 del polígono 14 en suelo rústico protegido (ANEI).

2º) Como consecuencia de la entrada en vigor del Decreto-Ley 1/2007, de 23 de noviembre, se acordó la suspensión en la tramitación del expediente de otorgamiento de licencia, por así fijarlo dicha norma para la construcción de viviendas en el Área Natural de Especial Interés en la Isla de Formentera, hasta que el correspondiente instrumento de ordenación territorial fijara los nuevos parámetros de edificación en estas áreas.

3º) Una vez que en fecha 27 de octubre de 2010 se publicó el Acuerdo del Pleno del Consell Insular de Formentera por el que se aprobó definitivamente la revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de dicho municipio, en fecha 18 de marzo de 2011 se requirió a la promotora para que al amparo del contenido de la Disposición Transitoria de dichas normas subsidiarias, aportase un conjunto de documentación complementaria a la que ya presentó en su día para iniciar el expediente administrativo.

4º) A resultas del requerimiento y para la adaptación a las nuevas NNSS/2010, en fecha 2 de junio de 2011 se presentó Modificación al proyecto inicial de 2007. En lo que ahora importa, se contemplaba modificación en la situación de la vivienda en la parcela (ahora en cota 103 m, antes en cota 96 m).

5º) En fecha 1 de septiembre de 2011, el Consell Insular de Formentera acuerda recabar informe de la dirección general de Biodiversidad de la Conselleria de Medi Ambient por estar situada la vivienda proyectada en una zona SRP-APR Incendios y en un suelo rústico incluido en la Xarxa Natura 2000, así como también a la dirección general de Recursos Hídricos por encontrarse dentro de los 100 metros de la zona de policía de un torrente.

6º) En fecha 5 de diciembre de 2014, la Comisión Balear de Medio Ambiente emite el informe previsto en el artículo 39 de la Ley 5/2005 de 26 de mayo , para la conservación de los espacios de relevancia ambiental (LECO), por el que, con fundamento en las consideraciones descritas en el mismo, acuerda informar favorablemente el proyecto objeto del presente procedimiento.

Del mencionado informe favorable interesa transcribir:

"2. Que el promotor presenta dues propostes alternatives d'emplaçament de ('habitatge, de les quals es considera com la més adequada la número 1, per ser la mediambientalment menys impactant. De resultes de les visites de camp del redactor de l'Estudi de repercussions ambientals, es conclou que a la zona en concret no s'hi troba l'hàbitat prioritari 6220 zones subestèpiques de gramínies i anuals del Thero-Brachypodietea.

3. Que l'afecció per la construcció de la casa serà únicament sobre l'hàbitat 5330 (no prioritari) en una superfície de 256 m2, que representa un 0,046 %, percentatge que evidencia una afecció no apreciable o significativa de l'hàbitat d'interès comunitari no prioritari.

4. Que el projecte no provoca cap fragmentació de l'hàbitat i la clarejada de vegetació necessària per prevenir incendis forestals no significa cap alteració significativa de l'hàbitat, ja que no afecta als processos ecològics ni altera l'equilibri d'aquests.



5. Que segons l'informe del Servei de Protecció d'Espècies, de data 29 de novembre de 2013, no es preveu cap afecció sobre les espècies. Pel que fa a l'avifauna, la mesura correctora que proposa l'ERA de no executar les obres en l'època de nidificació, es a dir entre els mesos d'abril i juny, es suficient per evitar afecció directa sobre elles.

ACORDA

INFORMAR FAVORABLEMENT el projecte de CONSTRUCCIÓ D'UN HABITATGE UNIFAMILIAR AILLAT EN LA PARCEL·LA 265 DEL POLÍGON 14 DE FORMENTERA, promogut per Amurats Gestió i Consultoria S.L., en la ubicació 1 i amb les mesures correctores que estableix l'Estudi de Repercussions Ambientals, ja que no es preveu que afecti de forma apreciable ni significativa els valors naturals pels quals es va declarar el LIC i ZEPA ES5310024 - La Mola."

7º) No conforme con el sentido favorable del informe, el 30 de enero de 2015 el Consell Insular acuerda que se recaben informes sobre la misma afectación a la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y de la Universitat de les Illes Balears (UIB). Dichas entidades no emitieron el informe requerido o no consta el mismo en el expediente. Y en fecha 1 de marzo de 2015, acuerda solicitar nuevo informe a la Conselleria de Medi Ambient para que reconsidere su informe favorable de 5 de diciembre de 2014 y tenga en cuenta " además de la implantación de la edificación, la construcción del camino de acceso hasta la vivienda, el proceso constructivo de la edificación y el camino, así como los efectos acumulativos que puedan tener juntamente con otros proyectos sobre el hábitat ".

8º) En fecha 3 de junio de 2015 la Comisión Balear de Medio Ambiente informa que que el expediente que es objeto del presente procedimiento ya está resuelto favorablemente en cuanto a las cuestiones de índole ambiental, por lo que "no procede que el órgano ambiental se vuelva a pronunciar sobre dicho expediente".

9º) En fecha 22 de septiembre de 2016, el Consell Insular de Formentera, deniega la licencia municipal de obra mayor solicitada por la recurrente en base al informe de la Comisión Técnica Asesora de Urbanismo de dicho Consell, del que interesa extractar lo siguiente:

"Consideracions ambientals:

a. El Consell Insular de Formentera tramita diverses sol·licituds de llicència per a la construcció d'habitatges a la Zona LIC i ZEPA ES 5310024-La Mola de Formentera. Atès que la CMAIB no ha tengut en compte la compatibilitat entre els diferents informes, serà per tant la CTA del Consell de Formentera l'encarregada de valorar la coherència de les conclusions dels diferents informes emesos, així com l'avaluació dels efectes i impactes acumulatius del conjunt de projectes pendents d'autorització dins l'hàbitat protegit.

b. S'han sol·licitat però no s'han obtingut els informes de la Conselleria de Medi Ambient corresponents a l'afectació de APR-Incendis i Protecció de Torrents.

En el cas d'aplicar els criteris mantinguts per la Direcció General de Medi Natural en el seu informe relatiu al risc d'incendi alt, seria d'aplicació l'execució d'una franja de protecció al voltant de la casa de 30 metres d'amplada on s'hauria de reduir la càrrega de foc, així com, en cas d'accés amb un únic camí, una rodona de 12'5 m de radi lliure d'obstacles. Tot això suposaria una afectació real sobre la vegetació existent a parcel·la de més de 5.100 m2 als que s'hauria de sumar l'obertura del nou camí per accedir a l'edificació que en el cas que ens ocupa seria de 315 m2.

De fet, resulta sorprenent que a l'informe de la CMAIB sostingui que l'execució de la franja de protecció contra incendis no provocarà la fragmentació de l'hàbitat i no en suposarà una alteració significativa. Més encara, que no es valori l'efecte acumulatiu de tots els expedients en tràmit que suposaran una afecció sobre l'hàbitat en particular i sobre la XN2000 de l'illa en general.

A més a més, la implementació de les prescripcions contra incendis resultaria inviable per afectar la parcel·la confrontant, sense que consti cap tipus d'autorització de cap dels propietaris afectats.

Donat que els informes no s'han emès, la CMAIB no els ha pogut tenir en compte per fer la valoració dels seus efectes. Finalment cal recordar que l'informe de la CMAIB només resulta vinculant si el seu sentit és desfavorable.

(...)

Consideracions urbanístiques:

1. La finca 5573 on es pretén situar l'habitatge compta amb una superfície de 39.545'30 m2. Es correspon parcialment amb la parcel·la 265 del polígon 14 de 28.918 m2 de superfície. La superfície que consta en el projecte presentat coincideix amb la superfície registral.

2. En el moment de la sol·licitud resultaven d'aplicació les següents normatives de caràcter urbanístic:



- a. Llei d'Espais Naturals 1/1991. La parcel·la es troba dins l'ANEI núm. 7.
- b. Llei de Sòl Rústic 6/1997. La parcel·la es troba dins Sòl Rústic Protegit.
- c. NNSF Formentera 1989. La parcel·la es troba parcialment qualificada com EXCEDENT, parcialment qualificada com FORESTAL, parcialment qualificada com FORESTAL PROTEGIT del sector 1/1. La parcel·la es troba afectada parcialment per la Zona de Protecció Costanera. L'edificació es situa a la cota 96 dins la Zona de Protecció Costanera que afecta a la parcel·la de la cota 0 a la cota 124. D'acord amb l'article 249.2 i el quadre de normes urbanístiques particulars aquesta zona no es edificable i no es poden situar edificacions de cap tipus.
- d. Pla Territorial Insular d'Eivissa i Formentera 2005. La parcel·la es troba parcialment qualificada com ANEI, parcialment qualificada com AANP, parcialment qualificada com AANP dins APT-Costes.
- e. Llei 11/2005 de mesures específiques per a les illes d'Eivissa i Formentera. L'article 3.1.b estableix el caràcter computable de l'Àrea de Protecció Territorial de Costes on l'habitatge unifamiliar es troba prohibit i regulava el seu còmput.
- f. Llei de Costes 22/1988. La parcel·la es troba afectada per la servitud de trànsit i per la servitud de protecció de la llei de Costes.
- g. La parcel·la es troba inclosa dins la XN2000.

3. La tramitació de la llicència va resultar afectada per la suspensió acordada pel Decret Llei 1/2007 del Govern de les Illes Balears d'acord amb la interpretació feta per la CIOTUPHA del Consell d'Eivissa dins l'encomana de gestió al Consell de Formentera. Per tant a l'expedient li resulta d'aplicació allò que determina la revisió de l'instrument d'ordenació territorial.

4. Una vegada aprovada definitivament la revisió de les Normes Subsidiàries, instrument d'ordenació territorial i urbanístic de l'illa de Formentera, resultà d'aplicació el punt 2 de la Disposició Transitòria i no s'han de resoldre amb la normativa vigent a la data de presentació de l'expedient. Per tant s'han de resoldre amb la normativa vigent a la data d'aprovació de la RNS2010 amb les especificitats en ella contingudes.

5. El promotor va presentar una modificació de projecte per tal d'ajustar-se als paràmetres de la revisió de les Normes Subsidiàries però també va modificar la situació de l'edificació dins la parcel·la situant-la a la cota 103. La modificació de la situació no es troba emparada per cap requeriment realitzat per l'administració.

Tant l'article 5.3 de la Llei 10/1990 LDU com l'article 143.1 de la vigent 2/2014 LOUS estableixen que la modificació de l'emplaçament de l'edificació es considera una modificació substancial del projecte que s'ha de resoldre d'acord amb la normativa vigent en el moment de la sol·licitud.

La nova proposta suposa una superfície construïda de 185 m²; superfície ocupada 185 m²; Hmax 2'75 m; Htot 3'89 m i Volum de 564 m³.

6. En el moment de la modificació resultaven d'aplicació per tant les següents normatives de caràcter urbanístic:

- a. Llei d'Espais Naturals 1/1991. La parcel·la es troba dins l'ANEI núm. 7.
- b. Llei de Sòl Rústic 6/1997. La parcel·la es troba dins Sòl Rústic Protegit.
- c. RNNSS Formentera 2010. La parcel·la es troba parcialment qualificada com ANEI, parcialment qualificada com AANP, parcialment qualificada com AANP dins APT- Costes. Es troba dins la zona de Policia de torrents, afectada per APR-Incendis i per APR-Vulnerabilitat d'Aquifers Mitjana.

La ubicació proposada suposa l'obertura d'un camí de 105 metres de longitud fins al camí grafiat al topogràfic de l'any 2002. Aquesta magnitud duplica la distància màxima que es permet dins la categoria de ANEI.

D'acord amb l'article 53.1.4.3 les superfícies afectades per la categoria d'APT només resultaran computables per a la construcció d'un habitatge en el cas de que es tracti de APT-Carreteres.

d. Llei 4/2008 de mesures urgents per a un desenvolupament territorial sostenible. Va derogar l'article 3.1.b de la Llei 11/2005 de mesures específiques per a les illes d'Eivissa i Formentera que estableix el caràcter computable de l'Àrea de Protecció Territorial de Costes on l'habitatge unifamiliar es troba prohibit i regulava el seu còmput. Per tant l'Àrea de Protecció Territorial de Costes no resulta computable als efectes de parcel·la mínima.

D'acord amb el projecte presentat la parcel·la té una amplada de 66 metres, el que suposa que l'APT-Costes afecta a una superfície de la parcel·la d'uns 6.600 m². Atès que la parcel·la té una superfície total de 39.545'30 m² dels que no resulten computables 6.600 m² suposa que la superfície computable és de 32.945'30. Per tant no arriba a la parcel·la mínima dins ANEI que és de 35.000 m².



e. *Llei de Costes 22/1988. La parcel·la es troba afectada per la servitud de trànsit i per la servitud de protecció de la llei de Costes.*

f. *La parcel·la es troba inclosa dins la XN2000.*

7. *A la nova proposta la nova edificació es situa a la cota 103, es a dir, dins la Zona de Protecció Costanera que afecta a la parcel·la de la cota 0 a la cota 124. En el supòsit d'haver de resoldre la proposta modificada amb les NNSS89 suposaria que l'edificació es trobaria dins la zona de protecció costanera on no es permet cap tipus d'edificació.*

8. *Així, la proposta no compleix cap de les normatives vigents durant la tramitació de l'expedient, per tant la llicència no es pot atorgar sigui quina sigui la normativa aplicada."*

10º) Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se argumentará que la resolución es disconforme a Derecho porque no atiende al informe favorable de la CBMA y porque no concurren los supuestos incumplimientos de la normativa urbanística.

B) LA SENTENCIA.

La sentencia apelada estima el recurso y reconoce el derecho a la obtención de la licencia. Para ello se argumentará;

"a) Que, en efecto, las consideraciones que la Administración hace sobre la aplicación de la normativa transitoria deben no admitirse porque realmente en 2007 se produce una petición que no es resuelta expresamente y que, por tanto, estaba en tramitación en el momento de operar la suspensión general del Decreto-ley indicado.

b) La Administración no hizo nada para resolver en sentido negativo la petición en cuestión y que la misma deba adaptarse a la nueva legislación no evita que se trate de una petición hecha en el momento oportuno y no resuelta.

c) Los informes del Govern son, como se ha dicho, favorables y las consideraciones sobre el resultado de otros supuestos similares no pueden ser admitidos sin una valoración comparativa que, ciertamente, tampoco se ha efectuado.

d) En la Resolución se utiliza el argumento de que la construcción opera sobre un terreno ANEI. Pero en este punto, las actuaciones del Govern nos permiten indicar que son compatibles ambientalmente con el planeamiento.

e) No existe una motivación, auténticamente urbanística, que justifique la denegación de la licencia. Las consideraciones de orden procedimental ya han quedado resueltas al considerar que existía una petición no resuelta y que sobre la misma opera la suspensión de licencias para la revisión de las normas subsidiarias.

A la vista de lo anterior puede decirse que la Administración no ha justificado la oposición al ordenamiento urbanístico de la petición realizada y, posteriormente, ajustada sobre la base de la nueva configuración de las normas subsidiarias a las que ciertamente se ajusta en la forma prevista en la disposición transitoria de las mismas. Los informes del Govern son favorables y la viabilidad de la construcción también, por este motivo procede el reconocimiento del derecho a obtener la citada licencia".

C) LA APELACIÓN.

El Consell Insular de Formentera apela la sentencia por considerar que no es cierta la afirmación contenida en la misma respecto a que " *la Administración no ha justificado la oposición al ordenamiento urbanístico de la petición realizada y, posteriormente, ajustada sobre la base de la nueva configuración de las normas subsidiarias a las que ciertamente se ajusta en la forma prevista en la disposición transitoria de las mismas* ", pues las razones urbanísticas de la denegación de la licencia aparecen detalladas en el informe de la Comisión Técnica Asesora de Urbanismo, de fecha 1 de septiembre de 2016, al que se remite la resolución impugnada.

SEGUNDO. La determinación de la normativa urbanística aplicable a la solicitud de licencia.

El informe de la Comisión Técnica Asesora se refiere, en parte, a la "solicitud de licencia de 2007" y a la normativa de aplicación a la misma. También la sentencia apelada hace referencia a esta petición de 2007 "que no es resuelta expresamente y que, por tanto, estaba en tramitación en el momento de operar la suspensión general del Decreto-ley indicado". Por tanto, es necesario clarificar qué proyecto es el objeto de la licencia (el original de 2007 o su modificado de 2011) y con ello determinar la normativa de aplicación al caso.

En este punto debe precisarse que una vez que en fecha 2 de junio de 2011 se presenta una Modificación del proyecto básico de 2007 que contempla una modificación en la situación de la edificación en la parcela (entre otras alteraciones), se está en el supuesto previsto en el art. 5.3 de la Ley 10/1990, de Disciplina Urbanística que, en relación con el art. 4.2º, prevé la aplicación de la normativa vigente al tiempo de resolverse en plazo



aquella modificació que comporte alteració de la "situació de les edificacions". En els mateixos termes 143.1º LOUS.

En conseqüència, s'ha de rebatre l'argument de la sentència que valora negativament la falta de resolució de la sol·licitud de 2007. Se havia suspès la tramitació de dita sol·licitud per Decret Ley 1/2007, de 23 de novembre, i, quan se alça la suspensió, el promotor interessa una modificació substancial del projecte (se altera la situació de la edificació en parcel·la), lo que determina que al projecte modificat li sea de aplicació les noves normes. En el cas, les NNSS/2010.

Per la mateixa raó, no poden tomarse en consideració els punts 1º a 3º del informe de la Comissió Tècnica Asesora, ni aquells supòsits incumpliments a la normativa urbanística vigent a 2007.

La normativa urbanística de aplicació al cas és la vigent al temps de la resolució en plaç del projecte modificat presentat el 2 de juny de 2011.

TERCERO. El possible incumpliment de la normativa medioambiental.

No és objecte de discrepància que la ubicació de la parcel·la en sòl protegit (ANEI) no impedia la construcció de vivenda unifamiliar aïllada com a ús condicionat si se compleixen una sèrie de paràmetres. Entre ells, el de la parcel·la mínima.

El propi CIF en informe de seus Serveis Tècnics, de data 23 de maig de 2012 havia senyalat que " *la construcció d'habitatges unifamiliars en la qualificació SRP- ANEI serà viable des del punt de vista urbanístic i d'ordenació del territori, sempre que es compleixin els paràmetres d'aplicació i els condicionants contemplats a la revisió de les NNSS, així com els condicionants que es derivin dels informes sectorials corresponents* ".

No obstant, de conformitat amb el art. 14.2º de la LSR la autorització de dit ús també requereix una valoració del impacte en el medi natural i la seva incidència paisajística. Quan el projecte ho és en l'àmbit de les zones LIC i ZEPA (com és el cas) aquest informe és el indicat en el art. 21 de la LECO. Per a ell, el Consell Insular sol·licita informe a la Comissió Balear de Medi Ambient.

Emitit dit informe en sentit favorable i a falta de altres informes en sentit contrari -no se emetien o no consten els interessats a la UIB i a la UICN- en aquest punt no pot sino resoldre en el mateix sentit que la sentència apelada.

Concretament, pese al informe favorable de la CBMA i per considerar el Consell Insular que dit informe no té caràcter vinculant, obté un resultat negatiu sobre la base de prendre en consideració altres informes que la mateixa CBMA havia emès en sentit desfavorable per sol·licituds referides a altres vivendes que el Consell considera "similars". No obstant, no se acredita dita similitud, que difícilment pot concórrer quan se tracta de la avaluació individualitzada de la ubicació de una concreta vivenda en una determinada parcel·la i cuyes condicions medioambientals poden ser no coincidents amb les de altres projectes, per ser distintes les ubicacions de unes i altres.

Per la mateixa raó, cap relevància té la invocació de sentències de esta Sala que ratificaren la conformitat amb el dret de informes desfavorables de la CBMA. Perquè se referien a sol·licituds en parcel·les distintes en que concurririen uns condicionants medioambientals distintes. Desfavorables a la implantació del ús, en aquells casos.

La lectura del informe de la CBMA arribat transcrit evidencia que se realitzà un singular estudi del projecte, tras visites de camp, amb examen singular de la afectació. En definitiva, estudi i resultat no aplicable a altres indeterminades sol·licituds "similars".

En conseqüència, amb el informe sectorial favorable, l'argument del CIF per rebutjarlo -contradició amb el sentit desfavorable de altres informes- no pot ser atès.

CUARTO. Las posibles vulneraciones de la normativa urbanística.

La sentència apelada afirma que " *no existe una motivación, auténticamente urbanística, que justifique la denegación de la licencia* ". Pero ello no es cierto a la vista del informe de la Comissió Tècnica Asesora de Urbanisme, de data 1 de setembre de 2016, al que se remite la resolució impugnada.

En conseqüència, procedeix aquí examinar aquí els motius de denegació de la llicència per la supòsita contradició amb les NNSS. Normes que, per lo explicat en el Fundament Jurídic Segon, són les que resulten de l'aprobació definitiva de les NNSS-plan territorial de Formentera, tuvo lloc el 27 de octubre de 2010.

A la vista del informe de 1 de setembre de 2016, els possibles incumpliments se concreten en:



1º) " La ubicació proposada suposa l'obertura d'un camí de 105 metres de longitud fins al camí grafiat al topogràfic de l'any 2002. Aquesta magnitud duplica la distància màxima que es permet dins la categoria de ANEI."

2º) "La Llei 4/2008 de mesures urgents per a un desenvolupament territorial sostenible. Va derogar l'article 3.1.b de la Llei 11/2005 de mesures específiques per a les illes d'Eivissa i Formentera que establia el caràcter computable de l'Àrea de Protecció Territorial de Costes on l'habitatge unifamiliar es troba prohibit i regulava el seu còmput. Per tant l'Àrea de Protecció Territorial de Costes no resulta computable als efectes de parcel·la mínima."

D'acord amb el projecte presentat la parcel·la té una amplada de 66 metres, el que suposa que l'APT-Costes afecta a una superfície de la parcel·la d'uns 6.600 m². Atès que la parcel·la té una superfície total de 39.545'30 m² dels que no resulten computables 6.600 m² suposa que la superfície computable és de 32.945'30. Per tant no arriba a la parcel·la mínima dins ANEI que és de 35.000 m²."

3º) "A la nova proposta la nova edificació es situa a la cota 103, es a dir, dins la Zona de Protecció Costanera que afecta a la parcel·la de la cota 0 a la cota 124. En el supòsit d'haver de resoldre la proposta modificada amb les NNSS/89 suposaria que l'edificació es trobaria dins la zona de protecció costanera on no es permet cap tipus d'edificació".

Los analizamos separadamente:

A) La longitud del camino de acceso a la vivienda.

La promotora recurrente afirma que no es cierto que el camino de acceso a la vivienda vaya de tener 105 metros. Se indica que ésta se encuentra a tan solo 15 metros del "camino general existente".

No obstante, de la comprobación de los planos adjuntos al proyecto modificación (1 situación amurats y 3 emplazamiento) resulta que este camino de tierra que aparece parcialmente en alguna fotografía, no figura en los planos catastrales. Es decir, no hay tal camino de acceso público ni se ha practicado prueba por la parte que pretende desvirtuar la resolución denegatoria de la licencia, acreditando que tal supuesto camino -se supone que privado- se haya abierto cumpliendo la normativa de aplicación. No se aporta licencia de la apertura del mencionado camino.

De conformidad con las NNSS Formentera/2010:

"Artículo 43 Caminos

1 Con carácter general sólo se permitirá la modificación de trazado o apertura de nuevos caminos incluyéndose entre tales actuaciones las encaminadas a la ampliación de las sendas, veredas y caminos preexistentes para hacer factible en ellos el tránsito de vehículos de motor de cuatro ruedas- en los casos estrictamente necesarios y siempre de forma vinculada a las necesidades de las actividades admitidas, de las que se declaren de interés general o de las nuevas viviendas unifamiliares que se autoricen.

No podrán declararse de interés general actividades o autorizarse la construcción de nuevas viviendas cuando los respectivos caminos de acceso, o prolongación de los ya existentes, se proyecten sobre terrenos en donde resulten prohibidos.

2 Toda actuación relativa a la modificación de trazado o apertura de caminos y vías rurales:

a. Precisarà de licencia municipal previa que, en su caso, deberá otorgarse conjuntamente con la de la actividad a que se vincule o dé acceso.

b. Deberà integrarse paisajísticamente en el entorno en que se efectúe, pudiéndose a tal efecto imponer las condiciones de integración oportunas o denegarse las actuaciones cuyo impacto resulte excesivo.

3 Los nuevos accesos a viviendas unifamiliares no podrán superar una anchura de 3 m y únicamente podrán ser prolongación -en una longitud máxima de 50 m en zonas calificadas como SRP-ANEI y de 100 m en el resto de casos- de los caminos o vías de comunicación que figuren como tales en el Mapa Topográfico Balear correspondiente al vuelo de 2002, no correspondan a senderos y veredas, y siempre que no se hayan abierto en contra de la normativa aplicable.

En los casos en que se justifique la imposibilidad de cumplir lo anteriormente establecido, previa

aceptación por la Comisión técnica asesora del Consell de Formentera que valorará en cada caso su impacto territorial, se permitirá la apertura o prolongación en distancia superior a la definida en el párrafo anterior."

La parte recurrente no acredita -ni siquiera solicitó el recibimiento del pleito a prueba- que el camino que refiere y que supuestamente pasaría a 15 metros de la ubicación de la vivienda proyectada, figure como tal en el Mapa Topográfico Balear correspondiente al vuelo de 2002, no corresponda a senderos y veredas, y que no se hayan abierto en contra de la normativa aplicable.



Tampoco consta que se justificase ante la CTA la imposibilidad de cumplir lo anterior, pero en cualquier caso dicha Comisión ya ha anticipado su "no aceptación" a la indicada apertura del camino.

En consecuencia, ya concurre este motivo urbanístico para la denegación de la licencia.

B) *El requisito de la parcela mínima.*

Entiende el Consell Insular que si a la parcela de 39.545'30 m² se le restan los 6.600 m² de APT de Costas (que no computa para determinar la superficie mínima) resulta que la superficie computable es de 32.945'30 m² que no alcanza la parcela mínima de ANEI (35.000 m²).

La demandante considera que la superficie de APT costas es de 3.704,60 m² que se corresponden a la franja de los 50 primeros metros de protección, por lo que la superficie a efectos del cálculo de la parcela mínima es de 35.840,70 metros cuadrados. Ello sobre la base de invocar la aplicación del punto 2.2. de la Disposición Transitoria Única de las NNSS/2010. Pero dicha disposición lo es en relación con las solicitudes de licencias presentadas antes del 13.12.2008 y suspendidas como consecuencia de la Modificación de las NNSS. Pero ya hemos explicado que, en el caso, no se mantuvo el proyecto original de 2007, sino que se modificó sustancialmente, lo que a todos los efectos supone proyecto nuevo. Por tanto, operamos sobre un proyecto presentado en octubre de 2010, tras la aprobación definitiva de las NNSS/2210, por lo que no le son de aplicación sus normas transitorias para proyectos anteriores.

Aplicando el art. 53.1.4.3 de las NNSS/2010, la franja de APT de Costas no computa a efectos de superficie para determina la parcela mínima, pues dicho precepto precisa que solo los terrenos APT de Carreteras, computan para la parcela mínima.

En consecuencia, tampoco se acredita que este criterio por el que se deniega la licencia sea incorrecto.

C) *Situación de la edificación a cota (103 mtrs.).*

La resolución denegatoria de la licencia es confusa al respecto, puesto que no señala qué precepto de las NNSS/2010 impiden la construcción en dicha cota. Indica que la nueva edificación se sitúa dentro de la "Zona de Protección Costera que afecta a la parcela desde la cota 0 a la cota 124", pero luego añade que "en el supòsit d'haver de resoldre la proposta modificada amb les NNSS/89 suposaria que l'edificació es trobaria dins la zona de protecció costanera on no es permet cap tipus d'edificació". Ya hemos indicado que no se aplican las NNSS/89 sino las NNSS/2010 y faltaría que la Administración señalase qué precepto de éstas define la prohibición de construcción en dicha cota (103 m).

Conforme a las NNSS/2010 y su plano 1.1, la vivienda no se implanta en la franja de SRP-APT de Costa. Si lo que se pretendía es indicar que el emplazamiento de la edificación proyectada no se ubica en la parte de la parcela en que resulte menos su impacto (como exige el art. 60 NNSS/2010) así debía indicarse en la resolución administrativa señalando la existencia de ubicaciones alternativas o de menos impacto.

En consecuencia, no podemos tomar en consideración este motivo de denegación de la licencia.

Al estimarse la concurrencia de los motivos de denegación de la licencia A) y B) anteriores, procede revocar la sentencia, y desestimar el contencioso pues la denegación de la licencia, es conforme a Derecho.

QUINTO. Costas procesales.

En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional /98, y ante la estimación de la apelación, no procede expresa imposición de costas de esta alzada.

Tampoco las de instancia, al estimarse algunos de los motivos de impugnación de la resolución administrativa.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del CONSEJO INSULAR DE FORMENTERA contra la sentencia Nº 281, de fecha 18 de septiembre de 2018 dictada por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma, la cual se REVOCA y en su lugar se acuerda:

A) DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo Insular de Formentera, de 22 de septiembre de 2016, que deniega la licencia municipal de obra mayor solicitada por AMURA-SENIOR BUSINESS ADVISORS, S.L. en fecha 26 de septiembre de 2007, y modificada con proyecto presentado el 2 de junio de 2011, para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en la Venda de Sa Talaiassa en La Mola (parcela 265 del polígono 14 de Formentera).



2º) No ha lugar a expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

En la preparación del recurso de casación ante el TS téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE nº 162 de 6 de julio de 2016).

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

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

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS