

Pollença, 8 de maig de 2020

Joan Crespí Salas, amb NIF 41.337.207 C i Joan Ramon Bosch Sangroniz, amb NIF 41.379.632 X, ambdós amb domicili a efectes de notificació al carrer Torres, núm. 7, de Pollença, actuant en nom propi i en nom de la PLATAFOMA PRO CAMINS PÚBLICS OBERTS de Pollença, vist l'anunci número 3288 aparegut al BOIB núm. 58 de 18 d'abril de 2020, referent a l'**Aprovació inicial Pressupost 2020**, estant en el termini de reclamacions, tenim a bé presentar-hi la següent:

## ANTECEDENTS

L'Ajuntament Ple en sessió del 23 de maig de 1990, en el tràmit d'esmena de deficiències del Pla General d'Urbanisme, va esmenar l'establiment d'unes servituds de pas sobre sis camins que conduïen a llocs singulars de la costa i del territori. L'esmena va constar en canviar la servitud de pas general prevista en l'Aprovació provisional de data 11 d'agost de 1989 a només l'ús peatonal, suprimint per tant l'ús rodat, i també amb la previsió de les despeses per a l'establiment de les servituds. Aquestes determinacions van quedar reflectides en els documents de la Memòria Justificativa, el Programa d'Actuació, l'Estudi Econòmic Financer i els Plànols del PGOU.

Posteriorment, en l'Aprovació Definitiva del PGOU, en la sessió de la Comissió Provincial d'Urbanisme de 14 de setembre de 1990, mitjançant la prescripció 6è, es va ordenar que: **“Los accesos a la costa Norte deben continuar siendo privados en defensa de sus valores ambientales”**.

Després que l'Ajuntament impugnés l'esmentada prescripció en via administrativa i contenciosa administrativa, finalment mitjançant sentència del Tribunal Suprem de data 18 d'octubre de 2001, es va resoldre anular la prescripció 6è de la CPU, i **“5.- Devolver las actuaciones para que respetando el acuerdo tomado por el Ayuntamiento de Pollensa se le adicionen las determinaciones precisas para asegurar el uso público idóneo de los bienes afectados por la resolución impugnada”**.

Vist que l'Ajuntament no va presentar Recurs de Cassació davant el Tribunal Suprem en la sentència recaiguda sobre la titularitat del camí de Cala Castell, cal ja fer efectiva l'establiment de la servitud de pas per a vianants prevista en el PGOU de 1990 sobre el camí de Cala Castell.

A la pàgina 18 de l'Estudi Econòmic Financer, aprovat en l'acord de l'Ajuntament Ple de dia 23 de maig de 1990, ja esmentat més amunt, hi havia quantificades les despeses per a l'establiment de les servituds, les quals afectaven a 29,9 Km. de longitud de camins amb una despesa global de 44,8 milions de pessetes. Essent la longitud del Camí de Cala Castell aproximadament de 7,5 Km. des de l'estret de Ternelles.

Segons valoració econòmica realitzada a l'efecte en data 15 de juny de 2018 per part del perit taxador enginyer agrònom, Sr. Miquel Fiol Morages, fixada pel que fa a la valoració

material del camí en la quantitat de 448.150,58 €. En aquesta valoració també s'inclou el camí del Castell del Rei.

Per l'exposat, i per setena vegada als Pressuposts Generals RECLAMAM:

**Que s'incorpori a l'apartat de despeses del Pressupost per a 2020 el crèdit suficient per a l'execució de l'efectivitat de la servitud de pas o accés sobre el Camí de Cala Castell,** actuació programada en el PGOU de Pollença de 1990 avalades per les sentències del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós Administratiu) de data 18 d'octubre de 2001 i del Tribunal Suprem (Sala Civil) de data 27 de febrer de 2015.

## JUSTIFICACIÓ

A) L'anterior reclamació presentada al Pressupost General de 2019 per acord de l'Ajuntament Ple en sessió extraordinària celebrada el 2 de juliol de 2019 se'ns va: *“Desestimar la reclamació,,,,,, atès que resta suspesa per mandat judicial la servitud de pas prevista en el PGOU de conformitat a l'informe emès per part del tècnic assessor jurídic de dia 21 de juny de 2019, i per tant, no és troba en cap causa contemplada a l'article 170.2 del RDL 2/2004 pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals, per no ser procedent la previsió d'una aplicació pressupostària per fer front al cost d'execució de les determinacions del PGOU en aquest aspecte.”*

El sentit de l'informe emès pel tècnic assessor jurídic no el podem compartir, per quan no se refereix a la servitud de pas prevista en el PGOU i la Llei de costes, la que aquí se reclama, sinó a un suposat trànsit per a vianants per uns terrenys privats.

Com ja hem exposat a les reclamacions anteriors, l'obligació de l'entitat local ve de l'acord pres per l'Ajuntament Ple en sessió de 23 de maig de 1990 en el tràmit d'esmena de deficiències del PGOU i donat per bo mitjançant STS de data 18 d'octubre de 2001 i que en el seu punt cinquè diu : *“5.- Devolver las actuaciones para que respetando el acuerdo tomado por el Ayuntamiento de Pollensa se le adicionen las determinaciones precisas para asegurar el uso público idóneo de los bienes afectados por la resolución impugnada”*. En la reclamació ja s'exposava detalladament com el *“se le adicionen las determinaciones precisas para asegurar el uso público idóneo de los bienes afectados por la resolución impugnada.”*, ja anaven continguts en els diferents documents de l'acord municipal de 23 de maig de 1990.

Per sentència de la Sala Civil del TS de data 27 de febrer de 2015 se confirmava la sentència de la Secció 4 de l'Audiència Provincial de Palma de data 4 de febrer de 2013, on en el seu punt VUITÈ dels Fonaments de Dret entre altres coses deia: *“Por lo que aquí importa, entendemos que el predio Ternelles propiedad de la actora al tener como predio dominante el mar, no esta libre [de] la servidumbre de paso, sino que está gravado o limitado con la servidumbre prevista en la Ley de Costas, incluida en el Plan General de Ordenación del Ayuntamiento de Pollença, en cumplimiento de la sentencia del T.S., ..”*. A més cal tenir en compte de la sentència de la Sala Civil del TS de 27 de febrer de 2015 el que es diu al punt 2 del fonament de dret TERCER: *“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 señala esta norma, como “previsión de suficientes accesos al mar”.”*

És a dir, al no ser aquesta servitud un dret real sobre cosa aliena, vol dir que els usuaris de la servitud han de transitar per un domini públic, el qual és cosa de tots.

Sobre aquest punt s'ha de concloure que l'Ajuntament està obligat a preveure el crèdit suficient per a l'efectivitat de l'establiment de la servitud de pas o accés a la mar prevista en el PGOU i en concordança amb la Llei de Costes i el seu Reglament General per a l'execució, tota vegada que l'execució de la servitud estava prevista en els primers vuit anys de vigència del referit PGOU.

**B) En els Pressuposts de 2013 i 2014 ja férem una reclamació semblant, les quals ens foren desestimades en base a uns informes jurídics emesos a l'efecte pel lletrat Sr. Miquel Ripoll Torres, informes que eren coincidents i on es venia a dir que “no calia l'expropiació del camí, si no que en tot cas l'expropiació del dret de pas, i això encara a resultes del pronunciament de la Sala Civil del Tribunal Suprem en relació al recurs de cassació de “Menani S.A.”**

Hem de manifestar que no compartim el criteri exposat en l'informe jurídic del Sr. Lletrat, per quan creiem que fa una interpretació errònia pel que fa a l'establiment i efectivitat de la servitud prevista en el PGOU de 1990, així com del que significa jurídicament una servitud de pas o d'accés a la costa, i més ara quan després de la sentència de la Sala Civil del Tribunal Suprem de data 27 de febrer de 2015 queden aclarits tots els extrems de la vertadera naturalesa jurídica del que es la servitud d'accés a la mar, també anomenada servitud de pas o d'accés públic a la mar. Naturalesa jurídica que fou la contemplada i prevista en tots els seus extrems en el PGOU aprovat en la sessió plenària de data 23 de maig de 1990 en el tràmit d'esmena de deficiències i que fou avalada per la sentència del Tribunal Suprem de data 18 d'octubre de 2001 en estimar el recurs de cassació presentat per l'Ajuntament de Pollença.

La confusió generada sobre si s'havia d'expropiar el camí o solament l'ús del mateix, però quedant els terrenys com a propietat privada, per a l'aplicació i l'afectivitat de la servitud de pas establerta en el PGOU s'ha creada per la confusió de l'assessoria jurídica i d'altres tècnics, a més de nombrosos responsables polítics, al no entendre que és una servitud de pas o d'accés a la costa.

La servitud de pas a la costa fou introduïda per primera vegada en el PGOU en la primera Aprovació provisional de data 31 de març de 1987, quan encara estava en vigor la Ley 28/1969, de 26 de abril, sobre Costas, la qual en el seu article 4.7 definia la servitud de pas en els següents termes: “La servidumbre de paso, para dejar vías permanentes de acceso a las playas y zona marítimo-terrestre, previa la correspondiente indemnización, recaerá sobre las heredades colindantes o afectadas en la longitud y anchura que demanden su naturaleza y finalidad.”

A la segona Aprovació provisional del PGOU de data 11 d'agost de 1989 es va tornar a introduir novament -(realment era mantenir el de la primera Aprovació provisional)- l'establiment de servitud de pas sobre els camins d'accés a la costa. En aquesta data ja havia entrat en vigor la nova Llei de Costes, la Llei 22/1988, de 28 de juliol, de Costes. En aquesta nova llei, el que abans era servitud de pas ara es converteix genèricament en Servitud d'accés a la mar i l'article 28.1 la defineix com a: “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.”, la qual es pot preveure i aplicar de dues formes diferents, una amb l'establiment de previsió d'accessos en els planejaments urbanístics segons l'article 28.2, i una segona forma mitjançant la imposició directe per l'Administració de l'Estat, la qual conserva el nom de servitud de pas, i que es la prevista en l'article 28.3 de la Llei.

En aquesta segona Aprovació provisional del PGOU de data 11 d'agost de 1989 es va produir una deficiència en el sentit de no preveure les despeses per a l'establiment de les servituds de pas o d'accés públic, fet que es va esmenar en el Ple Municipal de 23 de maig de 1990 d'esmena de deficiències per tal de donar compliment a l'acord de la Comissió Provincial d'Urbanisme de data 15 de gener de 1990. També va ajudar a complimentar aquesta deficiència el fet que el BOE de 12 de desembre de 1989 publicava el Reglament general pel desenvolupament i execució de la Llei de Costes, el qual en el seu article 52.4 [ara art. 53.4] especificava que: "La obtención de los terrenos que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2, sean necesarios para la efectividad de la servidumbre de acceso al mar, se realizará por los mecanismos previstos en la legislación urbanística.". Com es ben sabut un dels mecanismes es el d'expropiació.

Dit tot això, ja podem fer unes quantes conclusions sobre que es una servitud d'accés a la mar i com s'establia en el PGOU de 1990:

- A) Els mecanismes administratius per a tot el referent a aquesta servitud venen regulats solament per la Llei de Costes i el seu Reglament.
- B) Una servitud d'accés a la mar es la previsió i la potestat que te l'administració municipal per a planificar i preveure accessos a la costa fins al domini públic marítim terrestre sobre terrenys privats, en aplicació de les disposicions de la Llei de Costes.
- C) Una servitud d'accés a la mar es el dret a construir o a establir un accés públic en forma física, un vial, amb una longitud i una amplada, sobre uns terrenys inicialment privats, amb els mecanismes prevists a la llei urbanística.
- D) No es un dret de trànsit sobre terrenys o camins privats.
- E) Que la Comissió Provincial d'Urbanisme en la sessió de 14 de setembre de 1990, data de l'Aprovació Definitiva del PGOU, tenia ben clar que es proposava que els accessos havien d'esdevenir públics, i va intentar impedir-ho mitjançant la prescripció 6è, : "Los accesos a la costa Norte **deben continuar siendo privados** en defensa de sus valores ambientales".

## **SOBRE LA INTERPRETACIÓ DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE DATA 18 D'OCTUBRE DE 2001**

La sentència de la sala de lo contenció del Tribunal Suprem de data 18 d'octubre de 2001, fallava:

1.- En el seu punt 4rt: "**Anular la resolució impugnada de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares**". És a dir, que quedava anul·lada la prescripció que deia : "Los accesos a la costa Norte deben continuar siendo privados en defensa de sus valores ambientales". Per tant, els accessos sobre els quals s'havia establert la servitud de pas haurien d'esdevenir públics.

2.- En el punt 5è: "**Devolver las actuaciones para que respetando el acuerdo tomado por el Ayuntamiento de Pollensa se le adicionen las determinaciones precisas para asegurar el uso público idóneo de los bienes afectados por la resolución impugnada**". Creiem que

aquest punt 5è de la sentència no se va saber interpretar adequadament. Al nostre parer l'Ajuntament hauria d'haver redactat un text refós final dels diversos documents del PGOU, Memòria Justificativa, el Programa d'Actuació, l'Estudi Econòmic Financer i els Plànols per tal que recollissin, un altre cop, l'establiment de les servituds, -que com a conseqüència de la prescripció 6è de la CPU fou eliminada de tota la documentació en l'acord de l'Ajuntament Ple de data 26 de setembre de 1991 d'Aprovació de compliment de prescripcions,- i portar-lo després a la Comissió Insular d'Urbanisme per el seu vist i plau definitiu. De fet la redacció d'aquests documents refosos del PGOU haurien d'haver estat el **“se le adicionen las determinaciones precisas para asegurar el uso público idóneo de los bienes afectados por la resolución impugnada”**.

S'ha de tenir en compte que el Tribunal Suprem en el seu fonament de dret QUINTO deia : “Lo razonado comporta la anulación de la resolución impugnada, pero ello no supone la íntegra estimación del recurso, pues como hemos referido en el E.I.A. se alude a determinadas limitaciones que serian convenientes en el uso público previsto y que no se encuentran contempladas en la resolución del Ayuntamiento de Pollensa.” Aquestes limitacions son les de la segona part de la E.I.A., que deia : “La expropiación del viario por parte de la Administración supone la justificación de utilidad pública, la posibilidad de desprivatización de un elemento de especial interés en la ordenación del territorio y la asunción de la competencia de derechos de control, conservación y mejora de dicha infraestructura, convertida ahora en pública. Esta actuación, que se puede justificar por razones sociales y defender jurídicamente (Ley de Costas, 1988) con la conveniencia de facilitar el acceso al ámbito de dominio público marítimo, deberá prever su uso restrictivamente peatonal, quedando al margen de cualquier tipo de transporte motorizado hasta la costa. Esta medida se justifica por la calificación proteccionista que se propone para la zona por el PGOU y por sus nulas expectativas de desarrollo urbanístico.”

El TS deia tot això perquè desconeixia que totes aquestes indicacions de l'E.I.A. - Evaluación de Impacto Ambiental- ja estaven incloses en tots els documents del PGOU, Memòria Justificativa, el Programa d'Actuació, l'Estudi Econòmic Financer i els Plànols. Hem de tenir en compte que el TS només estudiava si s'ajustava a dret la prescripció 6è **“Los accesos a la costa Norte deben continuar siendo privados en defensa de sus valores ambientales”**.

## **SOBRE L'ACORD DE LA CIOTUPH DE DATA 28 DE JULIOL DE 2006**

1.- No es va fer tal com hem exposat a l'apartat anterior, sinó que en data 28.07.2006 la CIOTUPH va acordar :

*“1er. Executar, en els seus estrictes termes, la sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció cinquena), de data 18 d'octubre de 2001, ....”*

*“2n.- “En execució de la sentència del Tribunal Suprem abans esmentada, addicionar a les previsions d'accessos a la Costa Nord prevists en el Pla General d'Ordenació Urbana de Pollença, mitjançant la constitució de servituds de pas peatonal, les següents prescripcions i limitacions en ordre a l'assegurament de l'ús públic idoni dels béns afectats, que resulten de la proposta municipal efectuada un cop analitzades les alternatives de l'estudi d'accessibilitat a la mar de les finques de Ternelles i d'Ariant al·ludit a la part expositiva d'aquests acords: “*

Si analitzam el significat del punt segon de l'acord de la CIOTUPH es veu clarament que el que fa és addicionar les següents prescripcions i limitacions a les previsions d'accessos a la

Costa Nord prevists en el PGOU, mitjançant la constitució de servituds de pas peatonal. És a dir, que la CIOTUPH considera que la previsió d'accesos, mitjançant la constitució de servituds de pas peatonal ja hi era en el planejament i per tant no s'estableixen en l'acord de la CIOTUPH. D'aquí s'ha de deduir que la CIOTUPH considera ja establertes les servituds en el PGOU mitjançant l'aplicació directe de la sentència del Tribunal Suprem.

2.- Si això fos així, voldria dir que els documents de Memòria Justificativa, Programa d'Actuació, Estudi Econòmic Financer i Plànols d'Ordenació aprovats pel Ple de l'ajuntament en data 25.05.1990 estarien vigents, i que l'aplicació de les seves determinacions per a l'establiment de la servitud de pas encara no s'han executat, per quan encara no s'han expropiat els terrenys per on transcorre el pas, l'accés o el camí, per a poder fer efectiva la servitud d'acord amb el PGOU i la Llei de Costes.

3.- En el punt 2n de l'acord de la CIOTUPH s'addicionen unes "*prescripcions i limitacions*" com a compliment de la sentència del TS, però com ja hem esmentat anteriorment la sentència deia "*se le adicionen las determinaciones precisas para asegurar el uso público idóneo de los bienes afectados por la resolución impugnada*". En tot cas, ens hem de remetre al fonament de dret QUINTO de la dita STS on diu : "*Lo razonado comporta la anulación de la resolución impugnada, pero ello no supone la íntegra estimación del recurso, pues como hemos referido en el E.I.A. se alude a determinadas limitaciones que serian convenientes en el uso público previsto y que no se encuentran contempladas en la resolución del Ayuntamiento de Pollensa. La Comunidad Autónoma, en el control legal del Plan Aprobado, debe establecer las prescripciones idóneas para preservar los valores ambientales protegibles.*", per tant, les úniques limitacions que es poder prescriure son les mencionades en l'E.I.A. (Evaluación de Impacto Ambiental) que acompanyava al PGOU.

Per a conèixer quines eren aquestes limitacions de l'E.I.A., el millor es reproduir-les textualment: "*...//. La expropiación del viario por parte de la Administración supone la justificación de la utilidad pública, la posibilidad de desprivatización de un elemento de especial interés en la ordenación del territorio y de la asunción de la competencia de derechos de control, conservación y mejora de dicha infraestructura, convertida ahora en pública. Esta actuación que se puede justificar por razones sociales y defender jurídicamente (Ley de Costas, 1988) con la conveniencia de facilitar el acceso al ámbito de dominio público marítimo, deberá prever su uso restrictivamente peatonal, quedando al margen de cualquier tipo de transporte motorizado hasta la costa. Esta medida se justifica por la calificación proteccionista que se propone para la zona por el PGOU y por sus nulas expectativas de desarrollo urbanístico.*"

De fet, creiem, que aquí l'alt tribunal comet una errada, per quan si que estaven contemplades aquestes "limitacions i prescripcions" en els documents del PGOU. El que creiem que va passar es que el TS desconeixia aquests documents, per quan el que es jutjava era la prescripció 6è de la C.P.U. que deia: "*Los accesos a la costa Norte deben continuar siendo privados en defensa de sus valores ambientales*". Es a dir, si jurídicament es podia establir en el planejament urbanístic unes servituds d'accés a la costa conforme a la legislació vigent a l'any 1990.

4.- En quant a les "prescripcions i limitacions" adicionades per la CIOTUPH en l'acord de data 28.07.2006, com ja hem exposat en el punt 3 anterior, creiem que son fruit del desconeixement urbanístic i jurídic d'aquest assumpte i, en tot cas, no es poden considerar ni les corresponents ni les prescrites per la STS de data 18.10.2001.

5.- En quant a les “prescripcions i limitacions en ordre a l’assegurament de l’ús públic idoni dels bens afectats” de la CIOTUPH, analitzarem la que va en quarta posició, la qual diu: “El nombre màxim de visitants serà de 20 persones diàries.” Aquests visitants no se sap ben bé a que es refereix, per quan no se sap si el que s’ha de visitar es el camí objecte de la servitud o la platja de Cala Castell, objectiu pel qual s’estableix la servitud en el planejament. A la practica s’ha interpretat per l’Ajuntament que només es poden autoritzar un màxim de 20 persones per dia per a traspasar la barrera situada sobre el camí a l’altura de l’Estret de Ternelles, independentment d’allà on vagin.

Aquesta prescripció i limitació contradia les determinacions a que fa referència la STS i en els seus fonaments de dret com ja hem exposat en el punt 3 anterior. A més, afegirem que el “uso público idoneo” de la sentència fa referència precisament a la previsió de l’expropiació del vial a que al·ludeix l’E.I.A. i determina el PGOU, com se demostra en la DOCUMENTAL que acompanya aquest escrit. El que no fa la STS ni el PGOU es determinar un simple “dret de pas”, precisament considerat “inconvenient” en la primera part de l’E.I.A., que pel seu interès reproduïrem textualment: “Por lo que se refiere a la intención de constituir servidumbre de paso sobre varios caminos, hoy particulares, de acceso a la costa, la experiencia demuestra que, en la mayoría de los casos, el derecho de paso obtenido a partir de la simple declaración de servidumbre tiene el grave inconveniente de que no comprometen a quienes la utilizan a su mantenimiento, conservación o mejora.//...”.

Aquí hauríem de fer la consideració que les servituds de pas a la mar mitjançant planejament sempre han de ser mitjançant accessos públics segons la Llei de Costes.

6.- En quant a la “limitació i prescripció” de la CIOTUPH d’ “El nombre màxim de visitants serà de 20 persones diàries.”, a més de contradir les determinacions del PGOU, també està en contradicció amb la legislació que regula l’accés a la costa, que es únicament la Llei de Costes i el seu Reglament. Així, l’article 28.2, el que permet l’establiment de les servituds d’accés a la mar, diu que son “Para asegurar el uso público del dominio público marítimo-terrestre,...” i que “Todos los accesos deberán estar señalizados y abiertos al uso público a su terminación.”. També el punt 4 de l’article 28 especifica que “No se permitirán en ningún caso obras e instalaciones que interrumpan el acceso al mar sin que se proponga por los interesados una solución alternativa que garantice su efectividad en condiciones análogas a las anteriores, a juicio de la Administración del Estado”.

Si un accés o una servitud d’accés a la mar es per a accedir al domini públic marítim terrestre, l’article 31.1 de la Llei de Costes ens informa de les característiques d’aquest ús, així especifica que “La utilización del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será **libre**, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquél, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, ....”. Així doncs l’accés, ja sigui el vial com el trànsit, també ha de ser lliure per a poder fer ús lliure de la mar i la seva ribera.

## **SOBRE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE DATA 27 DE FEBRER DE 2015**

Consideram que la sentència de la Sala Civil del TS corrobora totalment el mantingut per aquesta part des de fa anys, ja que com es diu al punt 2 del fonament de dret TERCER: “**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 señala esta norma, como “previsión de suficientes accesos al mar”.”**

Aquest fonament de dret ens ve a dir que per a preveure l'establiment de suficients accessos a la mar en el planejament urbanístic municipal no se requereix cap expropiació prèvia. Ara, que d'aquí es pugui deduir que ja és efectiva la servitud i es pugui accedir directament a la mar, tal com s'ha mantingut per alguns juristes, tècnics i responsables polítics d'aquest ajuntament, no pot ser més que per desconeixement del que és una servitud d'accés a la mar.

La servitud de pas o d'accés no s'ha constituït mai sobre els terrenys afectats –és a dir l'efectivitat-, sinó sobre el planejament urbanístic tal com ho acrediten els fonaments de dret de totes les sentències recaigudes sobre aquest assumpte, i per a provar-ho reproduïm completament el punt 2 del SEGON fonament de dret de la sentència de la Sala Civil de TS que diu:

“2.- El motivo segundo, también al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se formula por infracción del artículo 217.3 del mismo cuerpo legal, relativo a la carga de la prueba, porque, según expresa literalmente este motivo, la sentencia recurrida infringe el mencionado artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **al considerar acreditada la constitución de la servidumbre de acceso al mar, sin que el Ayuntamiento demandado acreditase haber cumplido los procedimientos y requisitos necesarios para que la servidumbre estuviese legalmente constituida, lo que supone acudir al procedimiento expropiatorio previsto en la normativa urbanística.**

**El motivo es un tanto inaudito. La sentencia de instancia declara expresamente probado la aplicación del artículo 28 de la ley de costas y carece de sentido el problema de la falta de prueba.** Como se ha reiterado por esta Sala (sentencias de 24 septiembre 2010, 5 de mayo 2011, 9 de febrero 2012) “el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba” y sólo se aplica la doctrina del *onus probando* y el artículo 217 en caso de falta de prueba (sentencia de 13 febrero 2012), siendo su función la de suplir la falta de prueba (sentencia de 7 julio 2011).

**El motivo, pues, se desestima.”**

Gran part dels mals entesos i confusions generats per les distintes sentències, creim que prové d'interpretar l'article 28.2 de la Llei de Costes com si fos d'aplicació directa sobre els terrenys, tot obviant els articles del Reglament general de costes que el desenvolupen (articles 53 i 54) així com el previst en el mateix PGOU 1990, i també amb la interpretació errònia de l'acord de la CIOTUPH al confondre l'addició de *prescripcions i limitacions* a l'ús amb l'establiment o constitució de la servitud de trànsit directe, però prescindint de la sistemàtica per a la seva efectivitat previstes en el PGOU 1990 -que convalida la STS de 18 d'octubre de 2001 i STS de 27 de febrer de 2015- y la Llei de Costes i el seu Reglament.

## **SOBRE L'INFORME JURÍDIC DEL T.A.E. MUNICIPAL DE 21 DE JUNY DE 2019**

Atès que l'any passat la reclamació es va desestimar en base a l'informe jurídic del T.A.E. (jur.) municipal, per quan *“tota vegada que al restar suspesa per mandat judicial la servitud de pas prevista en el PGOU, no és procedent la previsió d'una partida pressupostària per fer front al cost d'execució de les determinacions del PGOU en aquest aspecte.”*

1.- En primer lloc cal dir que nosaltres sol·licitam **“Que s'incorpori a l'apartat de despeses del Pressupost per a 2020 el crèdit suficient per a l'execució de l'efectivitat de la servitud de pas o accés sobre el Camí de Cala Castell, actuació programada en el PGOU de Pollença**



de 1990 avalades per les sentències del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós Administratiu) de data 18 d'octubre de 2001 i del Tribunal Suprem (Sala Civil) de data 27 de febrer de 2015", consistint l'efectivitat en la expropiació dels terrenys grafiats als Plànols d'Ordenació de la 'Red Viaria General y Estructura Orgánica del Territorio', terrenys per allà on transcorre el dit camí de Cala Castell, des de l'Estret de Ternelles fins a la mar de Cala Castell, **previsió d'efectivitat que no ha estat suspesa ni anul·lada per cap sentència judicial per quan s'hauria de fer menció expressament a l'anul·lació de la STS de data 18 d'octubre de 2001**. Tal com diu l'article 21.1 en el seu últim incís de la Llei de costes "*Les servituds són imprescriptibles en tot cas*".

2.- Totes les sentències i Autos mencionats a l'informe del T.A.E. municipal per a desestimar la reclamació presentada fan referència a una suposada adaptació del PGOU al PORN de la Serra de Tramuntana i posteriorment a la modificació del PORN perquè contempli uns determinats usos en las zones d'exclusió del mateix PORN. Aquí s'ha de manifestar que **ÉS IMPOSSIBLE** que el PGOU de Pollença s'adapti a les determinacions del PORN per a les zones d'exclusió ni per a qualsevol altra zonificació, per quan els terrenys del camí de Cala Castell, la platja i la mar de Cala Castell no estan inclosos dins l'àmbit d'actuació del PORN de la Serra de la Tramuntana per varis motius:

- a) Segons els Plànols d'Ordenació del PGOU, plànol 1.1 de la 'Red Viaria General y Estructura Orgánica del Territorio' i el programa d'actuació del PGOU el camí de Cala Castell té la qualificació urbanística de "**Sistema General en No Urbanizable**". És a dir, el camí de Cala Castell és una infraestructura i per tant no pot ser un terreny protegit. A més, tal com s'observa al plànol 1.1 (annex 7) la servitud no sols arriba fins a la línia del domini públic marítim terrestre sinó que la traspassa, arribant fins a tocar l'aigua de la mar.
- b) L'article 1.2 de les Normes del PORN diu: "*L'àmbit territorial del present Pla és el que es defineix gràficament al plànol que constitueix l'annex cartogràfic II.1 d'aquest document i comprèn total o parcialment els termes municipals d'Alaró, Andratx, Banyalbufar, Bunyola, Calvià, Campanet, Deià, Escorca, Esporles, Estellencs, Fornalutx, Lloseta, Mancor de la Vall, Palma, Pollença, Puigpunyent, Santa Maria, Selva, Sóller i Valldemossa i exclou els sistemes d'infraestructures, equipaments i les APT de carreteres, tots aquests grafiats i prevists al PTI de Mallorca aprovat pel Ple del Consell Insular de 3 de desembre de 2004.*" I així resulta que a la fulla 644-5 dels plànols de les **Àrees de desenvolupament urbà i categories de sòl rústic** el camí de Cala Castell està grafiat amb dues línies paral·leles que segons la llegenda indica 'Carretera: comarcal, local, particular o pista'. Per tant el camí de Cala Castell des de l'Estret de Ternelles fins a Cala Castell no està inclòs en l'àmbit del PORN.
- c) Als plànols de zonificació del PORN de la Serra de Tramuntana, concretament al de la fulla corresponent al quadrant 644-5, s'observa clarament com el camí de Cala Castell i el del Castell del Rei, estan grafiats de color vermell, igual que la resta de carreteres de Mallorca. Aquesta grafia indica clarament que el camí de Cala Castell no forma part de l'àmbit del PORN.

3.- Cal dir que l'informe del T.A.E. municipal està molt ben estructurat i descriu amb molta claredat la situació rocambolesca i de bucle sense sortida en que se troba aquest assumpte degut una incorrecte interpretació del sentit de la servitud de pas establerta al PGOU de Pollença el 1990 i avalada per la STS del 18 d'octubre de 2001. Qualsevol altra interpretació diferent a la determinada pel PGOU i la Llei de costes no pot tenir cap encaix legal ni en la legislació urbanística ni en la Llei de costes ni en el Codi Civil. El gran error ha sigut

confondre -esperem que sense mala intenció- la servitud de pas establerta al PGOU com una servitud d'interès per a particulars i no com una servitud per a utilitat pública. Així l'article 550 del Codi Civil ho deixa ben clar: *“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.”*

4.- No té cap sentit jurídic l'Auto del TSJ/IB de 28 de juny de 2018 quan diu: “acordamos la inmediata suspensión de la servidumbre de paso a las zonas de la Platja d'Es Castell i a la Fortaleza d'es Rei, prohibiendo al Ayuntamiento de Pollença la expedición de autorizaciones para el acceso a esos lugares a través del Camino de Ternelles pudiendo la ejecutante impedir el acceso a terceros.”

Ni es pot suspendre la servitud en el sentit de previsió d'accessos en el planejament municipal, ni l'Ajuntament ha pogut ni podrà expedir autoritzacions per a l'accés al camí de Cala Castell al manco mentre no sigui la titular dels terrenys per on transcorre el dit camí.

5.- Per altra part resulta evident que l'Ajuntament de Pollença disposa de recursos financers suficients per a executar l'efectivitat de la servitud per quan com manifesta l'interventor de la Corporació en el seu informe de 20 de juny de 2018, on diu :”..., *la Hacienda Municipal dispone de recursos suficientes para poder hacer frente.../....al valor del justiprecio por la cantidad de 488.150,58 €.../...puesto que dicha indemnización no tendrá la consideración de gasto computable financiándose con el remanente de Tesorería para Gastos Generales (superávit presupuestario).*”

## **DOCUMENTAL SOBRE COM VA ESTABLIR EL PGOU 1990 LA SERVITUD DE PAS**

L'Acord municipal de 23.05.1990, d'esmena de deficiències del PGOU, en els seus documents i plànols s'especifica l'establiment dels accessos a la costa Nord:

A) Memòria Justificativa.

A la pàgina 36, es diu textualment referent als camins: (annex 1)

*“Red Municipal, constituïda por el conjunto de caminos señalados en los Planos de Ordenación: caminos existentes públicos, caminos existentes que siendo privados se propone su paso al dominio público y nuevos caminos.*

.....  
*El Plan propone el establecimiento de servidumbre de paso peatonal sobre los siguientes caminos privados para facilitar el acceso a las playas, al litoral en general y a puntos significativos del territorio:*

- *Ariant*
- *Castell del Rei*
- *Cala Castell*
- *Cala Boquer*
- *Cala Murta*
- *Cala Figuera”*

A la pàgina 52 de la Memòria Justificativa, referent a les actuacions En suelo no urbanizable: (annex 2)

“- Para las actuaciones que se lleven a cabo en este suelo, (*redes viarias, espacios libres, zonas deportivas, servicios, etc*) se utilizará el sistema de expropiación.”

B) Programa d'Actuació.

A les pàgines 15, 16 i 19 es parla de l'establiment de les servituds de pas peatonal.

El quadre de la pàgina 20 ens informa que l'establiment de la servitud de pas peatonal té la classificació del sòl com a “*Sistema General en No urbanizable*” sobre un sòl “*Privado*”, a desenvolupar en el primer i segon quadrienni. (annex 3)

C) Estudi Econòmic Financer

Al quadre de la pàgina 18 hi ha la previsió de despeses per a *l'Establecimiento de servidumbre de paso peatonal*, despeses que es valoren en 44,8 milions de pessetes per a una longitud de 29,90 km. de camins. (annex 4)

D) Plànols d'Ordenació

Al plànol 1, fulles 1, 2 i 3, dels *Planos de Ordenación, Red Viaria General y Estructura Orgánica del Territorio*, hi ha grafiats els camins sobre els quals s'hi estableix la servitud de pas. (annexes 5, 6, 7)

Esperant se tengui per presentada aquesta reclamació a l'aprovació inicial del pressupost per a 2020, valorada i acceptada en els seu mèrits, el saluden atentament

Joan Crespí Salas

Joan Ramon Bosch Sangroniz

SR. BATLE-PRESIDENT DE L'AJUNTAMENT DE POLLENÇA