



Roj: STSJ BAL 15/2012
Id Cendoj: 07040330012012100015
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 363/2011
Nº de Resolución: 6/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: PABLO DELFONT MAZA
Tipo de Resolución: Sentencia

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

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00006/2012

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 363 de 2011

AUTOS JUZGADO Nº55 de 2009

SENTENCIA

Nº 6

En la ciudad de Palma de Mallorca a diez de enero de dos mil doce.

ILMOS. SRS.

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 los autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y numero de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante, **Ayuntamiento de Lluçmajor** , representado por el Procurador D. José Antonio Cabot Llambías, y asistido por el letrado D. Gabriel Cortés Cortés; y como apelada, **El Estero Solar GMBH&KG** , representada por la Procuradora D^a Sara Truyols Álvarez-Novoa, y asistida por el letrado D. Jorge Sainz de Baranda Brümbeck.

Constituye el objeto del recurso la resolución municipal de 5 de enero de 2009 por la que se desestima el recurso de reposición presentado contra la resolución de 5 de noviembre anterior, por la que se exigía el pago de la cantidad resultante del 10% del aprovechamiento atípico por el incremento del valor experimentado por determinados terrenos rústicos a consecuencia de la declaración de utilidad pública de la instalación de un **parque fotovoltaico**.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia número 175 de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca , en los autos seguidos por el procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, ha estimado el recurso y ha reconocido el derecho a la devolución de las cantidades ingresadas.

SEGUNDO .-Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandada, siendo admitido en ambos efectos.

TERCERO .- No se ha solicitado la práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

CUARTO .-Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 10 de enero de dos mil doce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se ha formulado cuando la Sala ya ha dictado la sentencia número 327 de 2011 , referente a un caso análogo, también de **parque fotovoltaico**, en el que se resolvió un recurso de apelación contra la sentencia número 330 de 2010 del mismo Juzgado número 1 , que aparece reproducida en la ahora apelada.

En la sentencia número 330 de 2011 igualmente se había estimado el recurso contencioso presentado contra la aquí también apelante, Ayuntamiento de Lluçmajor.

Esa circunstancia, bien conocida por la apelante, le obliga a comenzar su apelación señalando que ha tomado ahora en cuenta la sentencia de la Sala, cuyo razonamiento no comparte o no entiende, de manera que esgrime, en resumen, primero, que el **parque fotovoltaico**, es decir, la actividad de generación de energía promovida por el sector privado, es una actividad privada y no pública; segundo, que las declaraciones de utilidad pública "*... tienen evidentes implicaciones urbanísticas tanto a nivel de Consell Insular como de Ayuntamiento*", de lo que sería muestra la ocupación del territorio, el afeamiento del entorno, el impacto visual o la incidencia negativa en el paisaje; tercero, que no existe impedimento para que el Ayuntamiento liquide el 10% del aprovechamiento atípico dado que el reglamento de desarrollo que falta "*... no podría incidir en lo que resulte de la liquidación final...*"; cuarto, que al Ayuntamiento le supone un quebranto no aplicar el 10%; y, quinto, que en la Ley 6/1997, antes de la modificación operada por la Ley 25/2006, se requería una declaración de interés general expresa por parte del Consell Insular y que las plusvalías siguen siendo las mismas, antes y después de la modificación de la Ley 6/1997, sin que deban beneficiar solo a los promotores de estas actividades ya que con ello se infringiría el artículo 47 de la Constitución .

La apelada se opone a la apelación y aduce, en primer termino, que la apelación no contiene crítica a la sentencia apelada y que se ha centrado en la sentencia de la Sala, pero también es cierto que la sentencia apelada se basa en todo en la sentencia sobre la que la Sala conoció al resolver el recurso de apelación.

La discrepancia del Ayuntamiento se asienta en que considera que merece tomar parte en las plusvalías que genera la actividad a la que alude, es decir, la que denomina generación de energía eléctrica promovida por el sector privado. En apoyo de su idea presenta una situación cercana pero distinta, esto es, la contemplación del caso en otro territorio y con otras normas.

Piénsese que lo que en nuestra sentencia básicamente se cuestiona -y se rechaza- es la fijación de la valoración contemplada por la Ley mediante un producto normativo como la Ordenanza Municipal.

Por consiguiente, la Sala considera que ha de mantener el fundamento o razón de ser de nuestra sentencia número 327 de 2011 , que reiteraremos a continuación:

"El artículo 52 de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre reguladora del Sector Eléctrico declara de utilidad pública que las instalaciones de generación, transporte y distribución de energía eléctrica y ello es concordado por el artículo 140 del RD 1955/2000 de 1 de diciembre . Esa determinación legal exime ab initio de tener que justificar la utilidad pública o el interés social de la red eléctrica y las centrales productoras de electricidad pues la ley así lo reconoce. Esa declaración de utilidad pública tal y como recoge el apartado 2º de ese artículo 52 se extiende a los efectos de la expropiación forzosa de instalaciones eléctricas y de sus emplazamientos cuando por razones de eficiencia energética, tecnológicas o medioambientales sea oportuna su sustitución por nuevas instalaciones o la realización de modificaciones sustanciales en las mismas. En consecuencia produce como efecto la posibilidad de ocupación efectiva de los bienes afectados.

Por su parte la declaración de interés general es la autorización que conceden los Consells Insulars para el ejercicio de una actividad en suelo rústico, cuando ese uso el planeamiento lo recoge como condicionado y por lo tanto no prohibido. Ciertamente la declaración de interés general responde a un concepto jurídico indeterminado en donde se valora la trascendencia que para la sociedad tiene la actividad proyectada, y se valora el entorno natural en donde se pretende su implantación, así como la necesidad de ubicar en ese concreto suelo aquella actividad resultando dicha declaración ineludible e imprescindible para poder obtener

seguidamente las licencias municipales. La declaración de interés general no se mueve en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, sino que la decisión se justifica en la necesidad de que la actividad trascienda los meros intereses particulares, en la necesidad de emplazar en ese suelo protegido esa concreta actividad y en la compatibilidad con el grado de protección de ese determinado suelo, siendo finalmente esa decisión, susceptible de revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Cuando lo que se pretende es la instalación en suelo rústico de actividades vinculadas a infraestructuras públicas, y la instalación de una planta de energía eléctrica fotovoltaica tiene tal condición al amparo de lo dispuesto en el artículo 24-1 c) de la LSR, hay que estar a lo previsto en los artículos 19 apartados 1 y 2 , art. 24-2 , y Disposición Adicional Octava introducida por ley 25/2006 .

En efecto, dice esa Disposición:

« Fomento de las energías renovables.

1. Para promover la implantación de las energías renovables, se faculta al consejero competente en materia de energía del Gobierno de las Illes Balears para que, mediante una disposición reglamentaria, regule el procedimiento administrativo aplicable para la autorización y la declaración, en concreto, de utilidad pública energética de las instalaciones de energía solar fotovoltaica conectadas a la red eléctrica de las Illes Balears, cuya ubicación deberá ponderarse con los valores naturales del área donde deban ser instaladas.

2. La declaración de utilidad pública energética de las instalaciones de energía solar fotovoltaica conectadas a la red eléctrica de las Illes Balears, además de los previstos en el título IX de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, implicará los siguientes efectos:

a) La declaración de interés general en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 24 de esta Ley .

b) La autorización para el establecimiento o paso de la instalación sobre terrenos de dominio, uso o servicio públicos o patrimoniales del Estado, de la Comunidad Autónoma, de los consejos insulares, de los ayuntamientos o de uso público, propios o comunales de la isla o del municipio, obra y servicios de éstos y zonas de servidumbre pública.

c) La exención de los actos de control preventivo municipal a que se refiere el artículo 84.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local , por constituir actividades de interés supramunicipal.

d) La exención del régimen de licencias, autorizaciones e informes establecido en la Ley 8/1995, de 30 de marzo, de Atribución de Competencias a los Consejos Insulares en Materia de Actividades Clasificadas y **Parques** Acuáticos, reguladora del Procedimiento y de las Infracciones y Sanciones.

3. Hasta la aprobación de una ley reguladora del régimen del suelo y de la vivienda de las Illes Balears, las previsiones contenidas en esta disposición serán de aplicación a las instalaciones de energía renovable (solar fotovoltaica, eólica, biomasa y otras) conectadas a la red eléctrica de las Illes Balears que deban ubicarse en cualquier tipo de suelo».

Ello es acorde a lo dispuesto en el artículo 24 del Plan Director Sectorial Energético de les Illes Balears cuya revisión se aprobó definitivamente por Decreto 96/2005 de 23 de septiembre (BOIB 27/9/05) a cuyo tenor:

Artículo 24. Utilidad pública

1. Se declaran de utilidad pública las instalaciones de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, así como las de transporte y distribución de gas natural y las instalaciones de transporte y almacenaje de combustibles líquidos definidas en este plan director sectorial, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y del ejercicio de la servidumbre de paso.

2. Esta declaración de utilidad pública se extiende a los efectos de la expropiación forzosa de instalaciones eléctricas y de sus emplazamientos cuando por razones de eficiencia energética, tecnológicas o medioambientales sea pertinente su sustitución por nuevas instalaciones o la realización de modificaciones sustanciales en las mismas."

Por su parte el artículo 19 de la LSR establece

1. Son usos admitidos aquellos que, con carácter general, pueden efectuarse en suelo rústico y cuya autorización no requiere cautelas especiales, ya que las actuaciones a ellos vinculadas no alteran las

características esenciales de los terrenos o tienen una incidencia que ya ha sido previamente evaluada y corregida.

Se considerarán usos admitidos:

- a) los usos relacionados con el destino o la naturaleza de las fincas;
- b) los usos relacionados con la ejecución y el mantenimiento de las infraestructuras públicas.

2. Son usos condicionados aquéllos que sólo podrán efectuarse en la forma que los instrumentos de planeamiento general establezcan y para los cuales se definan unos requisitos y unos procedimientos de autorización encaminados a garantizar que la incidencia de las actividades a ellos vinculadas es admisible o resulta minimizada.

Se considerarán usos condicionados:

- a) el uso de vivienda unifamiliar;
- b) los usos vinculados a actividades declaradas de interés general."

Y el artículo 24-2 de la LSR establece "Para que los usos vinculados con estas infraestructuras tengan la condición de admitidos deberán estar previstos en los instrumentos de planeamiento general o en los instrumentos de ordenación territorial. En su defecto, la ejecución de la actividad exigirá la declaración previa de interés general, salvo que la aprobación del proyecto lleve aparejada, en virtud de su legislación específica, tal declaración."

Conjugando la disposición adicional Octava con los artículos 19-1 y 24-2 todos de la LSR, en orden a concluir si las actividades vinculadas a la infraestructura pública son siempre como dice la parte actora y reconoce la sentencia un uso admitido en suelo rústico, o si por el contrario pueden ser también un uso condicionado, llegamos a la siguiente conclusión:

1º.- cualquier instalación prevista en el planeamiento general o de ordenación territorial es un uso admitido en suelo rústico y no precisa declaración de interés general. (art. 19-1 b) de la LSR)

2º. - fuera de esa previsión específica en esos instrumentos de planeamiento o de ordenación territorial las actividades vinculadas a esas infraestructuras son un uso condicionado, y es precisa la declaración de interés general por parte del Consell Insular (artículo 19-2 b de la LSR)

3º.- en materia energética, en particular centrándonos en las instalaciones de energía solar fotovoltaica, en tanto que no prevista en el planeamiento general municipal o en el instrumento de ordenación territorial, una vez obtenida la declaración de utilidad pública por parte de la Consellería de Comerç, Indústria i Energia, ya no era precisa la obtención de declaración de interés general, al estar implícita en aquella declaración. (Disposición Adicional Octava). No obstante, la ausencia de su previsión en el planeamiento urbanístico o en el PTM, determina que su implantación constituye un uso condicionado, siendo posible su ubicación en ese suelo por la existencia de la declaración de utilidad pública que " implica " la de interés general, pues sin aquella declaración no sería posible su implantación en ese suelo.

En consecuencia a tenor de lo dispuesto en el PDS Energético la administración opta por una política energética de renovables (solar fotovoltaica, eólica, biomasa y otras) buscando y facilitando en el territorio balear su implantación, de forma que las actividades vinculadas a infraestructuras públicas de suministro de energía eléctrica por el sistema **fotovoltaico** en atención al Plan Director Sectorial Energético una vez tramitado todo el procedimiento establecido, obtienen la declaración de utilidad pública. En tanto no estén previstas esas instalaciones en el planeamiento o en el PTM será posible su implantación en suelo rústico, allí donde la matriz del suelo rústico lo permita como uso condicionado.

En el supuesto de autos la recurrente obtuvo esa declaración en Resolución de la Dirección General de Comerç, Indústria i Energia de 16 de mayo de 2008 y tal declaración surte sus efectos, de manera que conforme a la Disposición Adicional Octava esa declaración llevó implícita la declaración de interés general. Obviamente un proyecto donde la administración ha declarado la utilidad pública, ya ha valorado la trascendencia que esa instalación supone para la comunidad y no es preciso, a los efectos de autorización del uso pretendido en ese suelo protegido, que se valore nuevamente la trascendencia del proyecto de los intereses particulares en beneficio de la comunidad y la necesidad de su implantación en ese concreto suelo, porque todo ello, junto con más cuestiones, ya han sido valoradas cuando se ha otorgado la declaración de utilidad pública.

El PDS Energético señala también en su artículo 25 apartados 5 y 6 que cuando se obtenga la declaración de utilidad pública no es precisa la obtención de autorizaciones municipales a efectos de licencias. Pero esa limitación se limita a las detalladas en sus Anexos, de forma que las que no proveyere ese Plan Director Sectorial, sí precisarán de esas autorizaciones municipales.

Ahora bien, como la Disposición Adicional Octava de la LSR establece en su apartado 2 d) que uno de los efectos de la declaración de utilidad pública es la exención del régimen de licencias, autorizaciones e informes establecido en la ley 8/1995 de 30 de marzo es claro que esas instalaciones, al haber obtenido la declaración de utilidad pública en Resolución de la Consellería de Comerç, Indústria i Energia el 16 de mayo de 2008, están dispensadas de la obtención de tales autorizaciones municipales.

TERCERO: ACERCA DEL APROVECHAMIENTO ATÍPICO DEL SUELO RÚSTICO Y SUS REQUISITOS

La Ley del Suelo rústico 6/1997 en su artículo 17 regula el aprovechamiento atípico en suelo rústico configurándolo como un rendimiento urbanístico de ese suelo que surge en el momento de otorgarse las licencias municipales previa obtención de la correspondiente declaración de interés general, teniendo como únicas excepciones las actividades públicas o las destinadas a equipamientos sin finalidad de lucro. Ese aprovechamiento atípico corresponde al titular de la licencia en un 90% mientras que el 10% restante corresponde al Ayuntamiento expedidor de la licencia, como forma de participación social en la plusvalía del suelo rústico que surge a raíz de la acción urbanística por parte de la administración pública en la calificación de ese suelo.

Como el propio artículo señala la valoración de ese 10% atribuible a la administración autora de la licencia municipal se cuantifica en base al incremento del valor de los terrenos como consecuencia de la declaración de interés general conforme a lo que reglamentariamente se disponga. Y si bien la Disposición Final Primera otorgaba el desarrollo reglamentario al Govern de la Comunitat Autònoma, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 70 y siguientes del Estatuto de Autonomía de les Illes Balears, y la transferencia de competencias de la CAIB a favor de los Consells Insulars a la hora de residenciar finalmente esa competencia reglamentaria sobre esta materia, por lo que en atención a tales disposiciones y transferencias competenciales, son actualmente los Consells Insulars y no el Ayuntamiento a quienes compete regular y decidir cómo ha de valorarse el 10% del aumento del valor de los terrenos.

En consecuencia es preciso para que nazca ese aprovechamiento atípico que se den los siguientes puntos: a) que no se trate de una actividad pública o sin fines lucrativos; b) que se haya expedido una licencia por parte del Ayuntamiento; c) que previamente el Consell Insular se haya pronunciado y haya acordado sobre la declaración de interés general de esa actividad, y d) que el Ayuntamiento cuantifique el 10% del valor de los terrenos conforme al sistema que reglamentariamente se establezca.

Pues bien, en el supuesto de autos, actividad vinculada para la obtención de energía solar fotovoltaica, que dispone de una declaración de utilidad pública, la Sala considera que es precisamente una de las excepciones de nacimiento de aprovechamiento atípico a tenor de lo dispuesto en el apartado 1º de ese artículo, y ello a pesar de que no esté promovida por una administración pública, sino por capital privado. En segundo lugar no ha habido expedición de licencia municipal alguna, ni nunca la habrá conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Octava de la LSR. Tampoco ha habido por parte del Consell Insular ninguna declaración de interés general porque se encuentra implícita en la declaración de utilidad pública. Por último no existe ningún desarrollo reglamentario necesario para cuantificar el importe del 10% del aumento del valor de los terrenos.

Por todo ello el acto administrativo impugnado, que no es otro que la reclamación del 10% de ese aprovechamiento atípico que el Ayuntamiento considera que nace ope legis y sin aplicación de Ordenanza alguna, no es acorde a derecho, en tanto que no se dan los supuestos precisos para ese nacimiento"

Llegados a este punto, cumple también en nuestro caso la desestimación de la apelación.

SEGUNDO.- Conforme a lo previsto en el artículo 139.2. de la Ley 29/1998 , procede imponer a la parte apelante las costas causadas en la presente apelación.

En atención a lo expuesto.

FALLAMOS

PRIMERO .-Desestimamos el recurso de apelación presentado contra la sentencia número 175 de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 y la confirmamos.



SEGUNDO .-Imponemos a la parte apelante las costas causadas en la presente apelación.

Contra esta resolución no cabe recurso.

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

PUBLICACIÓN .-Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ