

**IX.2.c)- COMENTARIOS A LA SENTENCIA nº 76/2009
DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
LAS ILLES BALEARS DE FECHA 4 DE FEBRERO DE 2009,
recurso 140/2008, PONENTE: D. FERNANDO SOCIAS FUSTER,
en cuya virtud se declara nula la licencia de
nueva edificación para la construcción de un edificio
a emplazar en el solar de la c/ Mayor nº 57, 61, 63 y 65,
sito en el conjunto histórico de Sant Ferran
de ses Roques de Formentera**

Josep Masot Tejedor

ANTECEDENTES

EL CONJUNTO HISTÓRICO

El estudio de la presente sentencia nos permite el análisis de una de las figuras de protección del Patrimonio Histórico que, hoy por hoy, y sin dudas por su mayor alcance y utilización, presenta una notable incidencia en nuestra sociedad; nos estamos refiriendo al “conjunto histórico”. Prueba de ello son los diversos conjuntos históricos que jalonan nuestras islas y entre los que podemos citar los conjuntos históricos de Palma (centro histórico), Jonquet (Palma), Binissalem, Alcudia, Ses Olleries, Ruberts, Jornets, Orient, Felanitx (centro histórico), Manacor (centro histórico) y Alcudia. En Menorca tenemos Ciutadella (conjunto histórico desde 1964) y finalmente

en Eivissa y Formentera, tenemos el conjunto histórico de Dalt Vila y los conjuntos históricos de las parroquias tradicionales y las edificaciones situadas en un radio de 250 metros a su alrededor, entre el que está el de Sant Ferran de Ses Roques de Formentera. A ello hay que añadir los conjuntos históricos que contemplan los diferentes planes territoriales, así por ejemplo el Plan Territorial de Mallorca contempla como conjuntos históricos, las poblaciones de Sineu, Lluçmajor y Pollença, entre otras.

A fin de fijar correctamente los antecedentes de la precitada sentencia, es necesario precisar el alcance de la figura de protección del conjunto histórico, partiendo de la base de que dichos conjuntos se incardinan en los Bienes de Interés Cultural, categoría a la que el art. 5 de la Llei 12/1998 de 21 de desembre del Patrimoni Històric de les Illes Balears (en adelante LPHIB) otorga la máxima protección. Así pues tenemos:

El art. 6.2. de la LPHIB. define el conjunto histórico como “la agrupación homogénea de construcciones urbanas o rurales, continua o dispersa, que se distingue por su interés histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, histórico-industrial, social, científico o técnico, con coherencia suficiente para constituir una unidad susceptible de delimitación, aunque cada una de las partes individualmente no tenga valor relevante”.

De dicha definición cabe remarcar, en contra de lo que inicialmente se puede pensar, que se establece un variado conjunto de intereses a proteger que no son exclusivamente el histórico, artístico y arquitectónico, sino que también son objeto de protección los conjuntos con un interés histórico-industrial, social, científico o técnico. Un ejemplo de conjunto histórico industrial, sería la parte más antigua de la barrida de la Soledad de Palma, donde las fábricas de finales del siglo XIX y hasta mediados de los años 60 del siglo pasado, contribuyeron de manera decisiva a la configuración de la mencionada barriada.

El conjunto histórico puede afectar a construcciones tanto urbanas como rurales. Lo que hace que puede implantarse incluso en lugares que no tienen la consideración urbanística de núcleo urbano, siempre y cuando presenten una homogeneidad.

Y, finalmente, destacar el hecho de que la LPHIB, una vez acreditado el correspondiente interés, fija el nivel de las edificaciones integrantes del conjunto histórico, bajo la premisa de que “presenten una coherencia suficiente para constituir una unidad susceptible de delimitación, aunque cada una de las parte individualmente no tenga valor relevante”. Es decir, la LPHIB, al igual que su antecesora inmediata, la ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE), no conceptúa, tal vez en contra de lo que vulgarmente se piensa, los conjuntos históricos como “conjuntos monumentales” donde la mayoría de sus construcciones pueden

tener una relevancia patrimonial singularizada, sino que podríamos afirmar que llega a admitir lo contrario, o sea, que “cada una de las partes individualmente no tenga valor relevante”; es decir lo importante no son los elementos del conjunto, sino el conjunto en sí.

En este punto, la sentencia objeto del presente comentario afirma “los Bienes de Interés Cultural constituyen la categoría de máxima protección de la LPHIB, por ser los más relevantes del patrimonio histórico de les Illes Balears (art. 5) y, consecuentemente, sobre los que se proyectan medidas de protección más intensas. Ello supone que las restricciones para aquellas intervenciones que supongan alteraciones en su configuración son máximas”. Por lo tanto ya se nos fija jurisprudencialmente la interpretación restrictiva de cualquier alteración de su configuración, y ello por atender a la protección del conjunto y no de la edificación en sí.

En segundo lugar, en la sentencia se reafirma el llamado doble control de legalidad, es decir, “la existencia de un informe favorable de la Comisión Insular de Patrimonio no exime a la autoridad urbanística que ha de conceder la licencia del deber de verificar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Patrimonio Histórico que sean de aplicación directa, tal y como es el caso del art. 37.2 de la LPHIB.” Ello es importante, pues deja claro que los ayuntamientos no pueden inhibirse en el control de los Bienes de Interés Cultural, pues aun en el caso de contarse con la pertinente autorización de la correspondiente Comisión Insular de Patrimonio Histórico del Consell Insular, debe realizar el control de legalidad de las normas de aplicación directa de la LPHIB.

En tercer lugar se hace mención al principio de unidad del conjunto histórico, es decir, no cabe en él hacer diferenciaciones en cuanto al nivel de protección de sus diferentes elementos, pues precisamente no se está protegiendo un grupo de elementos singularizados, sino un conjunto, donde prima más el resultado final en cuanto a configuración, paisaje y ambiente, que el valor individual de cada uno de sus elementos. En concreto en la sentencia se afirma: “Para el caso del BIC de Sant Ferran de ses Roques, se tomó en consideración el conjunto formado por la iglesia y su entorno de casas tradicionales, incluida la de Ca Ses Castellones, por lo que aunque ésta individualmente considerada pudiera no tener valor relevante suficiente, ello no permite aislarla del régimen de protección del Conjunto Histórico en el que se integra.” Las correspondientes matizaciones se podrán realizar a través del Plan Especial de Protección (art. 36 LPHIB), pero siempre respetando los valores que motivaron la declaración del conjunto. En todo caso, y a falta de Plan Especial de Protección, las restricciones son máximas y afectan a todos los elementos; así cualquier licencia, o incluso ejecución de las ya otorgadas antes del inicio del expediente de declaración de conjunto histórico, requerirá de la autorización de la Comisión Insular de

Patrimonio Histórico y en ningún caso se permitirán nuevas alineaciones, alteraciones de la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones (art.37.2 LPHIB).

En relación con lo anterior, y aun en el supuesto de que exista un Plan Especial de Protección, debemos traer a colación el art 41.2.A de la LPHIB el cual preceptúa el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica así como las características generales del ambiente y silueta paisajística. Ello implica que, de acuerdo con el art. 39.2 de la LPHIB, las remodelaciones urbanas –es decir, la alteración de la trama urbana– tengan un carácter excepcional y siempre debe justificarse que contribuyen a la conservación general del conjunto. Ello es una de las cuestiones que sin duda ha levantado mayor polémica, pues en muchos casos los ayuntamientos, vía Plan Especial de Protección, son proclives a efectuar notables alteraciones de la trama urbana de sus conjuntos históricos en aras a una supuesta contribución a la conservación general del conjunto, que llegan a destruir de cuajo gran parte de su trama urbana histórica, tal cual pasó en el caso del barrio de Sa Gerreria en Palma, o el más reciente y todavía no concluido, caso del conjunto histórico del Cabanyal de la ciudad de Valencia.

En el mismo sentido, el mismo criterio de excepcionalidad, y con la debida justificación de contribución a la conservación general del conjunto, se predica de la sustitución de inmuebles; si bien en todo caso la nueva edificación, que necesariamente deberá integrarse en el conjunto, deberá mantener las alineaciones urbanas existentes (art. 39.3 de la LPHIB). Es decir, no se puede aprovechar la sustitución del inmueble para alterar la alineación que mantenía el anterior inmueble.

En el presente caso nos hallamos ante la sustitución de un inmueble en un conjunto histórico, sin Plan Especial de Protección aprobado, y la construcción de una nueva edificación muy superior al volumen preexistente.

EL CONJUNTO HISTÓRICO DE SANT FERRAN DE SES ROQUES DE FORMENTERA

Por resolución de 10 de mayo de 1996 del Consell Insular de Eivissa y Formentera se declaró Bien de Interés Cultural con la categoría de conjuntos históricos las parroquias tradicionales de las Pitiusas con las edificaciones de su entorno en un radio de 250 metros. Entre dichas parroquias está la de Sant Ferran de ses Roques de Formentera, y dentro del radio de los 250 metros a su alrededor, la casa pagesa de “Ses Castellones”. Debe significarse que las Pitiusas no presentaban asentamientos rurales con una trama urbana definida hasta bien entrado el siglo XX, pues normalmente la vida social de los diferentes municipios se articulaba

alrededor de la parroquia y algunas edificaciones vecinas, en las que se establecían los servicios para la comunidad, tiendas de comestibles, bar, etc, en algunas casos compartiendo el mismo espacio.

Ello explica que el conjunto histórico no abarque exclusivamente las mencionadas parroquias, sino que además se incluya un perímetro alrededor de ellas de 250 metros, a fin de proteger las diferentes edificaciones que a lo largo de su historia se han ido construyendo alrededor de las mismas, conformando los correspondientes conjuntos.

Lo anterior, a los efectos del presente comentario, tiene su importancia, pues es necesario puntualizar que no estamos ante una protección singular de la parroquia de Sant Ferran de ses Roques, y secundariamente su entorno de protección inmediato, donde se ubicaba la edificación de “Ses Castellones”, lo que en buena lógica tendría que ser a través de la declaración de Bien de Interés Cultural como monumento y fijar un entorno de protección (artículos 6.1 y 11 de la LPHIB), sino ante la protección de un conjunto histórico donde tan importante es la parroquia en sí como las edificaciones de su contorno, integradas dentro del perímetro del conjunto. Dicha distinción es importante, pues, tal y como veremos, parece que en el devenir de los hechos y sentencias no se ha tenido suficientemente presente.

LA EDIFICACIÓN DE “SES CASTELLONES”

Llegados a este punto, es necesario referirnos a los antecedentes concretos, pues ciertamente el recurso frente a la licencia de nueva edificación que es objeto de la sentencia analizada, tiene como antecedente el intento fallido para proteger la edificación tradicional (“casa pagesa”) que se hallaba en dicho solar, denominada “Ses Castellones”; y, brevemente, pasamos a enumerar los principales hitos que llevaron al derribo de la misma, abordando en primer lugar el comentario del auto nº 228/2005 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, que en resolución de la medida cauteladísima permitió el derribo y, finalmente, el de la sentencia nº 424/2006 que ratificó la corrección de dicha licencia de derribo.

Ya en el año 1999, o sea, tres años después de la declaración de conjunto histórico de Sant Ferran de ses Roques, en la cual se halla incluida la edificación de “Ses Castellones”, se presenta una primera petición de licencia para su derribo y posterior construcción de un centro comercial. Dicha petición es informada desfavorablemente por la Comisión de Patrimonio Histórico del Consell Insular de Eivissa y Formentera, afirmando que es un “dels elements arquitectònics que formen part del conjunt històric de Sant Ferran, els valors històrics, tradicionals, culturals

de la qual es van tenir en comte per a la declaració”. De hecho se trataba de una edificación de las más antiguas del conjunto histórico, posiblemente anterior a 1859, e incluso, por lo que se ha podido documentar, anterior a la propia Iglesia de Sant Ferran que data del año 1889.

Posteriormente, ese mismo año 1999 y por encargo de la Conselleria de Cultura del Consell Insular de Eivissa i Formentera se realiza el “Inventari de Casas Pageses de Formentera”, a cargo de los antropólogos D^a. Sonia Cardona y D. Jaume Cardell, siendo incluida dicha edificación con la ficha nº 98 del inventario. En dicha ficha se cataloga el estado de conservación de la edificación como bueno y se enmarca en la tipología “amb casa davant”.

En septiembre de 2002 y de acuerdo con el art. 36.2 de la LPHIB, el Ayuntamiento de Formentera aprueba inicialmente el Plan Especial de Protección, el cual protege específicamente dicha edificación por su interés histórico, al ser una de las viviendas más antiguas del núcleo urbano y por su tipología tradicional. Dicho planeamiento no se llegó a aprobar definitivamente ya que el Ayuntamiento de Formentera desistió de su tramitación en noviembre de 2004.

En junio de 2004 se vuelve a presentar nueva licencia de demolición y construcción de un centro comercial. Al no tener el Plan Especial de Protección aprobado, el Ayuntamiento de Formentera solicita la preceptiva autorización a la Comisión Insular de Patrimonio histórico, quien en fecha del 17 de febrero de 2005 autoriza el derribo basándose en que la edificación “es troba en un estat d’abandó i gairebé ruïnos i que no presenta trets singulars o característics de l’arquitectura tradicional pitiüssa”. Finalmente en fecha 27 de abril de 2005 el ayuntamiento concede la correspondiente licencia de derribo y nueva edificación del centro comercial.

Frente a la concesión de la meritada licencia se interponen sendos recursos, siendo objeto de análisis a continuación el que se interpone frente a la licencia de derribo, que se tramitó en los autos Procedimiento Abreviado 494/2006 del Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Palma.

De dicho procedimiento debemos destacar por su trascendencia el auto que se dictó en fecha del 5 de octubre de 2005 resolviendo favorablemente la petición de levantamiento de la suspensión de la ejecución de la licencia de derribo acordada como medida cautelarísima. Se justifica por el Juzgado tal decisión en el hecho de que la precitada edificación no es un Bien de Interés Cultural, “ya que sólo lo es la Iglesia de San Ferrán, sin embargo se encuentra en el entorno inmediato de esa Iglesia, formando parte del conjunto histórico artístico, por lo que le afectaría el ámbito de protección de los 250 metros”. En este punto debemos discrepar del sentir del auto, ya que como hemos visto, la declaración de conjunto afecta a todos los elementos que hay en su interior, y no exclusivamente a la Iglesia de San Ferrán. Da

la impresión que se confunde la delimitación del conjunto con los entornos de protección de los Bienes de Interés Cultural, y ello es totalmente erróneo, pues el conjunto y no su entorno viene delimitado por los 250 metros alrededor de la Iglesia, en cuya área se encuentra la edificación.

También toma en consideración el precitado auto el informe favorable emitido por la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, en cuya virtud se considera que la edificación no tiene la tipología propia de la arquitectura pitiusa. Informe que contradice de manera palmaria, en cuanto a la tipología de la vivienda, el anterior informe del año 1999 de la propia Comisión, así como el propio “Inventari de Cases Pageses de Formentera” o el Plan Especial de Protección anteriormente citados.

Todo ello, lleva a la conclusión del Juzgado de que, a pesar de que la edificación “se encuentran dentro del ámbito de influencia del conjunto histórico artístico (...) la afectación del interés general es mínima, de manera que el perjuicio que la estimación del recurso contencioso interpuesto puede suponer para esos intereses generales (...) serían puramente económicos, que no un perjuicio irremplazable como lo sería demoler lo que tiene un claro y incuestionable valor histórico artístico. Al tener la condición de perjuicio económico, siempre sería susceptible de ser reparado vía indemnización pecuniaria”. Entendemos que tal decisión es más que cuestionable, pues la mera existencia de informes contradictorios de la propia Comisión Insular de Patrimonio Histórico, o del propio “Inventari de Cases Pageses de Formentera”, deberían obligar, al menos en sede de medidas cautelares, a la preservación del edificio hasta la definitiva resolución, pues el derribo de un bien del patrimonio histórico, ya de por sí, supone una pérdida irreparable. Pues aun en el caso de que se pudiera reconstruir, el valor histórico del bien ya se ha perdido irreparablemente. Por otro lado, si bien es cierto que la promotora contaba con las licencias correspondientes, es más cierto que el derribo suponía una “alteración de la edificabilidad” no permitida por el art. 37.2 de la LPHIB, contrarrestándose con ello el “*fumus bonis iuris*” que podía otorgar la precitada licencia.

Una vez dictado el auto, el mismo mes de octubre se derriba la edificación de “Ses Castellones”. Finalmente, y tal vez ya en una tramitación sin mucho sentido, se continua el procedimiento, dictándose la sentencia definitiva en fecha del 20 de septiembre de 2006, cuyo fallo es desestimatorio del recurso, y por lo tanto confirmatorio de la licencia impugnada. Frente a dicha sentencia no cabía recurso de apelación por razón de la cuantía. La precitada sentencia se basaba en el hecho de que, a pesar de que el otorgamiento de la licencia de derribo es una evidente alteración de la edificabilidad, la situación de ruina del edificio permitía acceder a tal petición. Dos son los fundamentos del fallo de la misma:

Respecto del informe de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, en cuya virtud se negaban valores patrimoniales a la casa de “Ses Castellones”, calificándose su estado de conservación de “casi ruinoso”, se afirmaba que, al no ser un acto de mero trámite, como alegaba la actora, sino que cabía frente al mismo recurso, y al no haberse interpuesto éste en su momento, el precitado informe devino firme y en consecuencia inatacable, por lo que no cabía intentar su impugnación incluyéndolo en el recurso frente a la licencia. Este criterio es ratificado por la posterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia que pasamos a comentar.

El juzgado consideraba dicho informe equivalente a una declaración de ruina y autorización para el derribo. Frente a ello debemos insistir en que el precitado informe no es una declaración formal de ruina; incluso textualmente se nos afirma que la edificación no estaba en ruina, pues se empleaba la expresión “gairabé ruínós”.

En todo caso entendía el Juzgado que sí entra dentro de las competencias municipales del otorgamiento de la licencia, el control del cumplimiento de los requisitos del art. 37.2 de la LPHIB; es decir, al estar ante una licencia de derribo, en un conjunto histórico sin Plan Especial de Protección, cabe analizar si ello supone una alteración de la edificabilidad proscrita en dicho artículo. La conclusión a que llega el Juzgado es que efectivamente el derribo de la edificación supone una alteración de la edificabilidad, que no estaría permitida excepto en el caso de ruina; en concreto se afirma: “Así las cosas autorizar un derribo supone alterar la edificabilidad de lo existente. Pero si esa alteración está justificada por un muy deficiente estado de conservación del inmueble, con peligro evidente de riesgo y daños a las personas y cosas, quedará justificada esa alteración de la edificabilidad.”

Ante ello cabe alegar que, evidentemente, el límite del deber de conservación de un inmueble se halla en la declaración de ruina; y, de hecho y por desgracia, es aprovechada en muchas ocasiones por los propietarios para intentar la demolición de edificios cuya conservación viene prescrita por ley. Por ello la LPHIB establece, en su artículo 42, una serie de garantías, aun en el caso de la demolición de un edificio que cuente con la declaración de ruina.

Pero en el presente supuesto debemos significar que ya este primer requisito no se daba, pues no se estaba ante una declaración formal de ruina por parte del Ayuntamiento como exigía el art. 183 de la ley del suelo de 1976, donde se hubiese seguido el procedimiento formalmente establecido fijándose claramente el supuesto de ruina. Pero aun así, y de acuerdo con el art. 42 de LPHIB, se deja muy claro que se prohíbe el derribo de bienes inmuebles de interés cultural sin la previa declaración de

ruina, debiendo, además contar con la autorización de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico y el informe favorable de una de las entidades consultivas del art. 96 de la LPHIB. En el presente caso, no había ni declaración de ruina ni informe favorable de una de las entidades consultivas del art. 96 de la LPHIB (Universidad de les Illes Balears, Institut d'estudis Eivissencs). No debemos olvidar que se estaba ante un conjunto histórico sin Plan Especial de Protección aprobado, donde se prohíbe la alteración de la edificabilidad, y que, incluso en el supuesto de planes especiales aprobados, la sustitución de inmuebles es excepcional y siempre que se justifique su contribución a la conservación general del conjunto.

En el caso estudiado no se justifican ni los supuestos del art. 183 de la Ley del Sueldo de 1973 para la declaración formal de ruina –es decir que la reparación no sea posible técnicamente o que su coste sea superior al 50 % del valor del edificio–, ni tampoco existe informe favorable de la entidad consultiva, incumplándose con ello los requisitos del art. 42 de la LPHIB.

Se podría argumentar que los requisitos del art. 42 de la LPHIB no son aplicables a inmuebles integrantes de un conjunto histórico, pero ello no es así, y sirva como ejemplo el criterio expuesto en la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia –Comunidad Valenciana– Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de Enero 1998 o la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia –Granada, Andalucía– Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de Marzo 1998. Además, no debemos olvidar que lo mínimo que se puede exigir para excepcionar la prohibición del art. 37.2 de la PHIB, es que al menos se haga conforme a los requisitos y garantías del art. 42 de LPHIB, para los casos de ruina. Además ello es lo que nos dice la sentencia objeto del presente comentario cuando afirma que “los Bienes de Interés Cultural constituyen la categoría de máxima protección de la LPHIB. Ello supone que para ellos las restricciones para aquellas intervenciones que supongan alteraciones en su configuración son máximas”. Paso a hacer, finalmente, referencia a la misma.

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE ILLES BALEARS,
de 4 de febrero de 2009**

La sentencia resuelve el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Palma de Mallorca de fecha 16 de noviembre de 2007, que había desestimado el recurso interpuesto contra la licencia de nueva edificación concedida por el Ayuntamiento, sin que,

debemos recordarlo, estuviese aprobado el Plan Especial de Protección de su conjunto histórico, y por lo tanto siendo de aplicación el art. 37.2 de la LPHIB.

El recurso se planteaba en base a tres argumentos: nulidad del acuerdo de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, infracción del art. 37.2 de la LPHIB y infracción de las normas subsidiarias (supuesto que no es objeto del presente comentario). La sentencia desestima la petición de nulidad del acuerdo de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, al entender que el mismo ha devenido firme por no haber sido impugnado en plazo, pero estima que se ha vulnerado el art. 37.2 de la LPHIB.

Una vez analizadas las premisas de la sentencia respecto del conjunto histórico –y que han sido objeto de análisis al inicio del presente comentario–, la misma pasa a estudiar el cumplimiento del art. 37.2 de la LPHIB, el cual establece que “En el caso de obras e intervenciones en un conjunto histórico, jardín histórico, lugar histórico o lugar de interés etnológico, mientras no se apruebe definitivamente la normativa urbanística de protección a que hace referencia el art. 36 de esta Ley, para la concesión de licencias o la ejecución de las otorgadas antes de iniciarse el expediente de declaración, será necesaria la autorización de la Comisión Insular del Patrimonio Histórico y, en todo caso, no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones”.

Frente a ello el Ayuntamiento había alegado que la prohibición de la alteración de edificabilidad lo es en relación a la prevista en la normativa urbanística, no en relación a la edificabilidad existente. Es decir, según esta interpretación, el art. 37.2 de la LPHIB se limitaría a impedir que se otorguen licencias que vayan contra la normativa urbanística vigente, y como ésta permitía la edificación, debía otorgarse la correspondiente licencia.

Ante tal sorpresivo argumento, la propia sentencia, atinadamente, se encarga de recordar que la supuesta interpretación del Ayuntamiento, llevaría al absurdo de que el art. 37.2 de la LPHIB, estaría reiterando una obviedad, “ya que desde luego el Ayuntamiento no podrá conceder una licencia de obras contraria a las alineaciones y edificabilidades previstas e las NNSS”. Recordando que el cumplimiento de la normativa urbanística ya está prevista en el art. 4.1º de la ley 10/90 de Disciplina Urbanística.

Afirma, además, la sentencia que, en coherencia con el art. 39.3 de LPHIB –el cual indica que en las sustituciones de inmuebles, deben mantenerse las alineaciones urbanas existentes– el mismo criterio debería aplicarse al art. 37.2 LPHIB. Sin que, por otro lado, quepa otra interpretación coherente del precitado artículo que no sea que la prohibición

de la alteración de la edificabilidad lo es a fin de conservar la existente y no la contemplada en la normativa urbanística.

Reiterando la sentencia que a falta de Plan Especial de Protección, las intervenciones por aplicación del art. 37.2 de la LPHIB “deben ser de un alcance más restrictivo y limitado”.

En definitiva, la sentencia estima el motivo de nulidad y conforme al mismo, estima parcialmente el recurso, declarando nulos los referidos acuerdos municipales de concesión de licencia, acordando que procede la reposición de las cosas a la realidad anterior a la ejecución de las obras al amparo de la licencia anulada, y se inadmite la pretensión de nulidad del acuerdo de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de 17 de febrero de 2005.

En conclusión, la sentencia comentada establece un criterio claramente favorable a la protección de la integridad de todos los elementos de configuran el conjunto histórico, primando la conservación de lo existente, en cuanto integrador del paisaje y ambiente que se pretende conservar en el conjunto, frente a sus posibles modificaciones o alteraciones. Sin que, a falta de Plan Especial de Protección, quepa realizar distinciones entre los diferentes elementos que lo integran en cuanto a su nivel de protección.

EPÍLOGO

El comentario de la sentencia que nos ocupa no podría finalizar sin referirnos al Decret llei 5/2009 del 27 de novembre del Govern de les Illes Balears, el cual hace referencia a la posibilidad de “redelimitar” los tres conjuntos históricos de Formentera, en concreto en su art. 9 se manifiesta:

Redelimitació pel planejament general de Formentera de l'àmbit dels tres conjunts històrics de l'illa i dels seus entorns de protecció

1. Excepcionalment es faculta el planejament general de Formentera per què, amb un informe previ favorable de la Comissió de Patrimoni, efectuï una nova delimitació dels tres conjunts històrics de l'illa declarats bé d'interés cultural pel Consell d'Eivissa i Formentera el 29 de març de 1996, que substituirà l'actualment vigent. La delimitació esmentada ha d'incloure en tot cas les esglésies de Mare de Déu del Pilar, Sant Francesc i Sant Ferran, així com els elements adjacents a aquestes que, conformement a l'article 6.2 de la Llei 12/1998, de 21 de desembre, del patrimoni històric de les Illes Balears, siguin mereixedors de protecció. L'ordenació que s'estableixi respecte dels

esmentats conjunts, s'ha dajustar al que assenyalen els articles 39 i 41.2 de la Llei esmentada.

2. El planejament general haurà de definir, a més, per a cada un dels tres conjunts delimitats, els seus respectius entorns de protecció i establir-ne l'ordenació, conservant-ne el caràcter arquitectònic i paisatgístic, preveient espais lliures contigus a les esglésies que permetin contemplar-les adequadament contemplació (sic) i ordenant-los per mitjà de tipologies edificatòries conformes amb el caràcter esmentat que, excepte consolidació majoritària en alguna illa d'una altra superior, no poden superar l'altura de planta baixa i planta pis.

3. L'ordenació que s'estableixi respecte dels teixits urbans no inclosos en l'àmbit dels conjunts ni en el dels seus respectius entorns de protecció, així com respecte dels terrenys rústics limítrofs amb ells, haurà de mantenir la silueta paisatgística del conjunt i del seu entorn de protecció.

4. En tot cas, s'han de catalogar i protegir els béns immobles de valor patrimonial existents en tota la zona objecte d'ordenació

Evidentement, no es casual la promulgación de dicho decreto con la sentencia objeto del presente comentario. Con la “redelimitación de los conjuntos históricos de Formentera”, se pretende crear un procedimiento “ad hoc” respecto del sistema establecido en la LPHIB para la desclasificación de Bienes d'Interes Cultural, donde en su art. 10.5 establece que para dejar sin efecto una declaración de Bien de Interés Cultural se seguirá el mismo procedimiento que para su declaración.

Dicho procedimiento “ad hoc”, entendemos que no es justificable, pues se eliminan requisitos, como por ejemplo, el informe vinculante de las entidades consultivas (art. 9.1.a de acuerdo con el art. 96 de la LPHIB).

Cabrà ver como se lleva a cabo la precitada “redelimitación” en el caso de Sant Ferran, no siendo aventurado pensar, dado los antecedentes, que la misma sirva para excluir del conjunto histórico la parcela donde se ubica la edificación que según la sentencia se debe derribar. Pero, en este caso, entendemos que sería de aplicación analógica la doctrina expuesta por nuestra jurisprudencia respecto de los Planes Especiales de Protección que van en contra de los criterios de conservación de los conjuntos históricos.

En efecto, cabría pensar si, vía redacción del Plan Especial de Protección, se podría legalizar la edificación, pero tal posibilidad a mi juicio debe ser descartada, pues, por imperativo del art. 39.3 de la LPHIB, la sustitución de edificaciones, además de tener que justificar su conveniencia para la mejor conservación deL conjunto, no permitirá la alteración de las

alineaciones... alteración que se ha producido de manera palmaria con la nueva edificación.

Además de ello, el Tribunal Supremo ya se ha encargado de recordar que el Plan Especial de Protección debe realizarse conforme a los criterios de conservación que motivaron el Bien de Interés Cultural y no en su contra, como ocurrió en la licencia de Lluçacari; en este caso cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo sala 3ª de 1 de marzo de 2005, que por su interés reproducimos.

“QUINTO.- Resulta, al menos, insólito que, si esas sentencias declararon que los desmontes y las edificaciones dañan el paisaje por causar impacto en él, se apruebe después un Plan Especial de Protección del Paisaje en cuestión, que conserva las explanaciones y edificios que lo han dañado.

La conclusión a que llegamos, a la vista de tal actuación administrativa, es la misma sostenida por la asociación comparecida como recurrida, es decir que dicho planeamiento especial, al incluir las mentadas edificaciones en el catálogo de otras edificaciones a conservar, tiene como única finalidad impedir la ejecución de una sentencia firme, lo que, como declaramos en nuestra Sentencia, de fecha 25 de junio de 1998 (recurso de casación 7358/94, fundamento jurídico cuarto, párrafo segundo), no cabe esgrimir como causa de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia, según establece el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, al tratarse de un subterfugio para impedir el cumplimiento de una decisión judicial, razón por la que no pueden prosperar los motivos de casación alegados por ambas partes recurrentes.

SEXTO.- No se puede olvidar que el artículo 103.4 de la vigente Ley Jurisdiccional dispone que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, y el apartado 5 del mismo precepto establece que el órgano jurisdiccional, a quien corresponda la ejecución de la sentencia, declarará, a instancia de parte, la nulidad de los mencionados actos y disposiciones por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109 de la misma Ley, salvo que careciese de competencia para ello, lo que no sucede en este caso por tratarse de las determinaciones, contenidas en el Plan Especial de Protección aprobado por la Administración autonómica, que catalogan como edificaciones a conservar las que, según la sentencia de cuya ejecución se trata,

deben ser demolidas para reponer los terrenos al estado natural del paisaje antes de realizar los desmontes y la edificación”.

En línea con la citada sentencia entendemos que también cabe alegar el art. 105.2 de la Ley Jurisdiccional en el caso de que se intente la legalización, vía “redelimitación”, pues no deja de ser un subterfugio para el incumplimiento de una decisión judicial, la cual deja patente que la nueva edificación supone una alteración de la estructura urbana y arquitectónica del conjunto histórico. Como dice la sentencia objeto del presente comentario “con independencia de la redacción e interpretación de los preceptos a examinar, ya salta a la vista que la demolición de una casa payesa de planta baja situada en el Conjunto Histórico y su sustitución por un centro comercial de dos plantas –con un volumen edificado siete veces superior–, implicará una evidente alteración de la estructura urbana y arquitectónica de dicho conjunto histórico, afectando a las características ambientales del mismo, por lo que muy clara ha de ser la interpretación legal que permita dicha intervención”.

Finalmente no deja de ser lamentable, el cúmulo de despropósitos que se han venido dando en los hechos relatados, y que, con excepción de la sentencia comentada, ponen de manifiesto la indefensión que sufre nuestro patrimonio histórico, sometido en muchos casos a los vaivenes de las Comisiones Insulares y Ayuntamientos, cambios no muy ajenos a los propios cambios de color político en dichas instituciones.

Pero si ello no hace más que crear desconfianza en el ciudadano, la perplejidad es absoluta cuando vía decreto ley se intenta dejar sin efecto una sentencia, evitando cualquier repercusión a la Administración que ha venido obrando negligentemente... Es evidente que estamos ante un fraude de ley, que no hace más que acrecentar la desconfianza de unos ciudadanos que, con su propio esfuerzo, han luchado para la defensa del patrimonio histórico y de esta forma son recompensados.