

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

PALMA DE MALLORCA

Gabinete de
Prensa

COPIA

SENTENCIA: 00234/2014

APELACIÓN

Rollo Sala Nº 167/2012

Autos Juzgado Nº PO 101/2007

SENTENCIA Nº 234

En Palma de Mallorca, a quince de abril de dos mil catorce.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D. Fernando Socías Fuster

D^a Carmen Frigola Castellón

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la representación procesal de la Administración demandada, Consell Insular de Mallorca, siendo admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo el día 8 de octubre de 2012.

TERCERO. Mediante Providencia de 8 de octubre de 2012 se acordó la suspensión del señalamiento a fin de practicar una prueba pericial adoptada de oficio, al amparo de los artículos 61.2 y 64.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, consistente en el dictamen a emitir por la cátedra de historia de la arquitectura o denominación análoga, perteneciente a una Facultad de Arquitectura, a elegir por los trámites del artículo 339.4 de la LEC, citando a las partes a una comparecencia.

CUARTO. Interpuesto por "Josel S.L." recurso de reposición contra la referida Providencia acordando la práctica de una prueba pericial-académica, y tras conferir oportuno traslado, fue desestimado en Auto de 20 de noviembre de 2012.

QUINTO. La comparecencia de las partes tuvo lugar el día 12 de diciembre de 2012, alcanzando el acuerdo de designar como institución-perito a la Facultad de Arquitectura de la Universidad Politécnica de Madrid, Escuela Técnica Superior de Arquitectura de Madrid.

SEXTO. El objeto de la prueba pericial acordada de oficio quedó concretado en la Providencia de 13 de diciembre de 2012 y en el Auto de 20 de marzo de 2013, el cual estimó en parte el recurso de reposición interpuesto por el Consell Insular de Mallorca, trasladando su contenido y la designación a la Universidad seleccionada, quien comunicó a esta Sala la identidad de la persona encargada de la emisión del informe el 12 de marzo de 2013, la profesora D^a Lilia Paloma Maure Rubio.

SÉPTIMO. El dictamen fue presentado el 10 de diciembre de 2013, confiriendo traslado a las partes.

OCTAVO. La representación procesal de "Josel S.L." en fecha 20 de diciembre de 2013 formuló petición de aclaraciones al informe, las cuales fueron denegadas en sendos Autos dictados el 13 de enero y el 5 de febrero de 2014, por no ir dirigidas al objeto de la pericia acordada de oficio.

NOVENO. Tras la presentación de conclusiones escritas por las partes comparecidas, se volvió a señalar para votación y fallo el día 11 de abril de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Como hemos anticipado en el encabezamiento, la Sentencia apelada estimó el contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de la mercantil "JOSEL SL" contra el acuerdo dictado por el Pleno del Consell Insular de Mallorca en fecha 2 de abril de 2007, en el cual se adoptó la declaración de Bien Catalogado a favor del edificio central de GESA, situado en la Calle Joan Maragall número 16 de Palma de Mallorca.

El juzgador de instancia, tras exponer la doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter reglado de la catalogación de edificios y su grado de protección, plasmada en la Sentencia de 21 de abril de 2010 (sección 5ª), consideró, primero, que no se desprendía infracción procedimental alguna en la tramitación del expediente ni tampoco se había demostrado que la declaración como bien inmueble catalogado respondiese al ejercicio de potestades administrativas con desviación de poder o con fines distintos a los intereses públicos: *"el Consell de Mallorca en la tramitación de la catalogación del edificio GESA no ha omitido trámite procedimental alguno, ni se aportado prueba alguna que permita determinar que la finalidad de dicha catalogación estuviere dirigida a alcanzar fines distintos de los legalmente previstos en la norma"*. Segundo, centró el núcleo de la controversia en *"una cuestión de naturaleza esencialmente técnica como la de si el edificio en cuestión es merecedor de la protección que implica su catalogación por el acuerdo aquí impugnado"*, para cuyo análisis destacó la trascendencia del auxilio de los informes periciales, a valorar conforme a las reglas de la sana crítica.

Tercero, el juez *a quo* confirió mayor credibilidad al informe elaborado a instancia de la parte actora por los arquitectos D. Jordi Griñó Sans, Dª Clara Griñó Cabecerán y D. Andreu Griñó Cabecerán *"por aparecer elaborado con mayor rigurosidad técnica y porque los planteamientos y conclusiones en el mismo expuestos aparecen como más lógicos, convincentes y racionales que los restantes obrantes en autos. Y ya en este informe sus autores manifiestan de forma taxativa e indubitada que "no alcanzan a entender los intereses específicos de índole arquitectónica que han promovido la declaración de Bien Catalogado"*, reproduciendo a continuación un extracto de las

conclusiones contenidas en el referido informe, dirigidas a desvirtuar la ausencia de condiciones para que el edificio de GESA mereciese la protección como bien catalogado.

La representación procesal del Consell Insular de Mallorca solicita la revocación de la sentencia de instancia, y que esta sala declare conforme a derecho la resolución administrativa impugnada, sobre la base de los siguientes argumentos:

- Infracción del artículo 14 de la Ley Balear 12/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico de les Illes Balears, al descansar en consideraciones urbanísticas, de conservación del inmueble y de otra índole, tales como el uso posible del mismo y a las visuales de la fachada marítima, distintas a las exigidas para obtener la catalogación de un bien como grado de protección del patrimonio histórico-artístico, citando una Sentencia del Tribunal Supremo en la que se analiza la descatalogación de una serie de edificios anteriormente protegidos por el planeamiento urbanístico, siendo un supuesto distinto al aquí contemplado, donde la catalogación se produce al margen de un instrumento de planeamiento.
- La Sentencia no cita precepto alguno que haya resultado infringido, además de apartarse de la jurisprudencia aplicable al caso.
- Infracción de las normas legales sobre valoración de la prueba. El informe técnico elaborado a instancia de parte no es suficiente para desvirtuar las conclusiones emitidas por organismos públicos y entidades culturales. Se trata de un documento técnico, no de una auténtica pericial. La legislación protectora del patrimonio debe interpretarse en el sentido más favorable para la protección del mismo, en aras del artículo 46 de la Constitución.
- Error en la valoración de la prueba. Los valores arquitectónicos, artísticos, históricos y culturales del edificio GESA quedaron acreditados mediante la solicitud de la adopción de medidas de protección presentada ante el Consell Insular de Mallorca por el Colegio de Arquitectos de les Illes Balears, por la catedrática D^a Catalina Cantarellas, del Departamento de Ciencias Históricas y Teoría de las Artes de la Universitat de les Illes Balears (UIB), por informes técnicos de la Dirección Insular de Patrimonio Histórico - que incluso pedían su declaración como monumento-, y por los pareceres de representantes de instituciones cualificadas expresadas en el seno de la Ponencia Técnica de Patrimonio a favor de su consideración como monumento. La Sentencia parte de las conclusiones incluidas en el informe presentado por la parte demandante,

las cuales son en gran parte de carácter urbanístico y no se refieren al carácter histórico-artístico del edificio.

- Los valores patrimoniales del inmueble residen en que el edificio es el único en la isla de finales del Movimiento Moderno, que utiliza su lenguaje racionalista. Se trata de un edificio en altura que implicó una revolución en su época, siendo proyectado en el año 1963, contraponiéndose esta la verticalidad respecto de la horizontalidad predominante en la época, utilizando el muro cortina de forma novedosa, y utilizando materiales de forma innovadora.

La entidad "JOSEL S.L." solicita que desestime el recurso de apelación formulado de adverso, mientras que en fase de conclusiones interesa, con carácter principal, que se declare la nulidad de las actuaciones procesales desde el 27 de septiembre de 2012, invocando que se han cercenado los principios de igualdad de partes y defensa recogidos en el artículo 24.2 de la Constitución, ya que la prueba pericial acordada de oficio en segunda instancia no se encuentra prevista legalmente, habiendo tenido como objeto un contenido propuesto por el Consell Insular y sin que se permitiese a la sociedad apelada efectuar aclaraciones. Respecto del fondo, de forma subsidiaria, alega como motivos de oposición:

- El recurso de apelación sólo persigue la revisión de la valoración de la prueba efectuada en la Sentencia de instancia, cuando el juzgador resolvió tras valorar en su conjunto las pruebas practicadas con inmediatez, entre las cuales consta la declaración testifical de las dos autoras de los informes obrantes al expediente, Sra. Cursach y Sra. Cantarellas, así también el testimonio del Sr. Griñó, coautor del dictamen aportado por la recurrente. Esta labor de apreciación corresponde al juez de instancia y debe mantenerse, al ajustarse a las reglas de la lógica y la racionalidad.

- El edificio GESA no es merecedor de la catalogación, al no concurrir los hechos determinantes para el ejercicio de esta potestad reglada. La decisión administrativa se basó en argumentos ambiguos y poco concluyentes, otorgando más importancia al escaso desarrollo del movimiento moderno que a la trascendencia del edificio en sí.

- La catedrática de Historia del Arte, Sra. Cantarellas emitió el informe a título "*particular*", declarando en su testimonio a presencia judicial que el edificio GESA no fue incluido en el Catálogo de Palma de 1998 "*por las prisas*", constando que tampoco se aceptó la protección del inmueble en 2005, dándose la circunstancia de que en el año 2003 se modificó el Plan General de Palma, para la fachada marítima, incluyendo

el derribo del edificio, siendo aprobada esta modificación de forma definitiva por el Consell Insular de Mallorca.

- La catalogación debió estar extremadamente motivada ante el radical ejercicio del *ius variandi* en tan corto espacio de tiempo.

-El dictamen pericial aportado por la entidad actora desvirtúa los razonamientos de la Administración demandada.

La Administración de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears interesa la desestimación del recurso de apelación.

SEGUNDO. En primer lugar, esta Sala debe emitir un razonamiento destinado a ofrecer una respuesta a la solicitud de nulidad de las actuaciones procesales tramitadas desde el 27 de septiembre de 2012 (fecha en la que se señaló para votación y fallo el 8 de octubre del mismo año), petición que ha sido formulada por la entidad "Josel S.L." en su escrito de conclusiones presentado en el presente rollo de apelación, y ello en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, a pesar de que la nulidad de actuaciones no se haya canalizado por la parte actora y apelada a través de los cauces procedimentales legalmente previstos en esta fase del rollo de apelación.

La sociedad "Josel S.L." invoca en su escrito de conclusiones que en la tramitación procesal se ha infringido el principio de igualdad entre las partes y se ha generado indefensión, conculcación supuestamente derivada, primero, por la decisión adoptada por este Tribunal de practicar una prueba pericial en sede de recurso de apelación; segundo, en la fijación del objeto de la citada pericia, omitiendo las precisiones realizadas por la mercantil actora; y tercero, al rechazar la Sala las aclaraciones peticionadas respecto del dictamen emitido por la perito designada judicialmente.

La nulidad de actuaciones procesales, como regla general, debe solicitarse a través de los recursos que procedan frente a las resoluciones judiciales, como establece el artículo 227.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), "1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate") y ello sin perjuicio de que el Tribunal pueda "antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa

audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular” como reza el apartado segundo del artículo 227 LEC.

Las infracciones procedimentales denunciadas por la parte apelada en el seno de su escrito de conclusiones formulado en el rollo de apelación, ya fueron rechazadas por esta Sala en los Autos de 24 de octubre de 2012 (en cuanto a la pericial acordada de oficio), de 20 de marzo de 2013 (respecto de la fijación definitiva del objeto del proceso) y de fecha 5 de febrero de 2014 (denegación de las aclaraciones por no revestir este carácter), como se colige del conjunto de las actuaciones procesales practicadas y que se relacionan a continuación:

- En la providencia de 27 de septiembre de 2012 se señaló para la votación y fallo del recurso el 8 de octubre siguiente, comunicando de nuevo a las partes la identidad del magistrado ponente, el cual ya fue designado en la diligencia de ordenación de 4 de julio de 2012.
- Mediante providencia dictada el 8 de octubre de 2012, se acordó la suspensión del referido señalamiento a los efectos de llevar a cabo la práctica de una prueba pericial “académica”, acordada de oficio al amparo de los artículos 64.4 y 61.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), a realizar conforme a los artículos 140 LJCA y 339.4 LEC por una Facultad de Arquitectura, con citación de las partes para alcanzar un acuerdo en la designa del centro universitario.
- “Josel S.L.” interpuso el 16 de octubre de 2012 un recurso de reposición frente a la citada providencia, motivando su impugnación en la desnaturalización del recurso de apelación mediante el acuerdo de la práctica de prueba a iniciativa del Tribunal, infracción de la LJCA y LEC, al no permitir pruebas de oficio en segunda instancia, y en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
- El 24 de octubre de 2012 se dictó providencia en la que se confería traslado del recurso de reposición a las partes, así como se comunicó el cambio de magistrado ponente, basado en razones de reparto de asuntos de la Sala.
- Mediante Auto de 20 de noviembre de 2012 se desestimó el recurso de reposición, fundamentado en que el artículo 85 LJCA, relativo a la tramitación del recurso de apelación, remite en su apartado octavo a los artículos 63 a 65 en bloque, y resulta que en el artículo 64.4 LJCA se prevé la suspensión de conclusión del pleito (en este

caso, rollo de apelación), en el supuesto de que el Juez o Tribunal hayan hecho uso de la facultad de acordar de oficio alguna diligencia de prueba, prevista en el artículo 61.2 del citado Cuerpo Legal. Por ello, esta Sala decidió de forma mayoritaria que esta potestad probatoria a instancia de los jueces y tribunales resultaba trasladable a los recursos de apelación.

- Una vez firme la decisión adoptada por este Tribunal, destinada a la práctica de la prueba pericial académica, se citó a las partes para una comparecencia el 12 de diciembre del mismo año, a fin de designar perito de forma consensuada, acto que tuvo lugar en la fecha señalada, y en cuyo seno los comparecientes alcanzaron un acuerdo respecto de la identidad de la Facultad de Arquitectura a quien le correspondería emitir el dictamen, recayendo en la Universidad Politécnica de Madrid (UPM), Escuela Técnica Superior de Arquitectura.

- En la providencia de 13 de diciembre de 2012 se fijó el objeto del dictamen (cumplimiento de los valores por los que el inmueble merece o no la calificación como bien catalogado), concediendo a las partes un plazo de diez días para formular adiciones, presentando sendos escritos el Consell Insular de Mallorca y "Josel S.L.".

- Mediante providencia de 14 de febrero de 2013 se acordó oficiar a la Facultad designada para la práctica del informe, uniendo las alegaciones de las partes.

- Frente a la misma formuló recurso de reposición el Consell Insular de Mallorca, al considerar que las adiciones interesadas de contrario excedían del límite de la pericial acordada de oficio, siendo estimadas en parte estas alegaciones mediante Auto de 20 de marzo de 2013, en el cual quedó señalado el objeto de la pericial, básicamente en cuanto se concretaba en si el edificio GESA cumplía condiciones para ser catalogado conforme a la Ley Balear 12/1998, de 21 de diciembre.

- A continuación, se remitió oficio a la entidad universitaria designada, la cual indicó a la Sala la persona elegida para la confección del dictamen, la arquitecta D^a Lilia Maure Rubio, profesora de la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de la UPM.

- El dictamen pericial tuvo entrada en esta Sala el 10 de diciembre de 2013, y mediante providencia de 11 de diciembre del mismo año se le otorgó un plazo de 5 días a las partes para que, en su caso, formularan aclaraciones. La mercantil "Josel S.L." formuló una petición de aclaraciones que fueron denegadas mediante la providencia adoptada el 13 de diciembre de 2013, ya que no iban referidas al objeto

del dictamen, el cual había sido señalado por este Tribunal en Auto de 20 de marzo de 2013.

- La entidad actora y apelada interpuso recurso de reposición contra esta resolución, denunciando la vulneración de las garantías procesales del artículo 345 y 346 LEC, siendo desestimado en el Auto de 5 de febrero de 2014.

Este Tribunal no aprecia la existencia de motivo alguno para adoptar la nulidad de actuaciones solicitada, basándose en los mismos razonamientos ya expresados en los Autos referidos, siendo reiterativos los argumentos ofrecidos por la entidad apelada. Por consiguiente, se ha cumplido con el tenor del artículo 227 LEC.

Por otro lado, la mercantil "Josel S.L." se anticipa en la fase de conclusiones escritas presentadas con posterioridad a la práctica de prueba en segunda instancia a un eventual incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 228 LEC, cuyo apartado primero determina que " *1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.*

Dado que esta Sala ha rechazado las tres peticiones destinadas a anular las actuaciones, las cuales han sido formuladas de forma sucesiva por la entidad actora (en los Autos resolviendo recursos de reposición expresados más arriba), en el momento procesal en el que nos encontramos, sólo se prevé legalmente la posibilidad de plantear un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, precisando que estas irregularidades procedimentales que infringen derechos fundamentales no se hubiesen podido denunciar antes de recaer la resolución definitiva en el proceso y que esta resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Por ello, la interposición de este remedio excepcional se circunscribe y permite, en el asunto aquí examinado, al momento posterior a la presente Sentencia, al tratarse de la resolución que pone fin al proceso, y ello sin perjuicio de que, en su caso, su admisión y/o estimación resulte pertinente.

TERCERO. A partir de los datos que se desprenden del expediente administrativo, de la Sentencia dictada por este Tribunal nº 609/2009, de 12 de febrero (Rollo de

Apelación nº 292/2008, interpuesto contra el Auto denegatorio de las medidas cautelares impetradas por "Josel S.L." en el recurso contencioso nº 101/2007 tramitado ante el Juzgado nº 1), así como de las alegaciones formuladas por los litigantes, resultan los siguientes puntos de hecho que resultan relevantes:

1) El 2 de junio de 2003, el Consell Insular de Mallorca aprobó definitivamente determinada modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Palma de Mallorca, relativo a la fachada marítima de la Capital Balear. Esa modificación venía precedida de Convenio Urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Palma de Mallorca y "Gas y Electricidad, Sociedad Anónima" (GESA), propietaria de edificio ubicado en terrenos que formaban parte de las Unidades de ejecución UEL/01-A y UEL/01-B del denominado sector Llevant, lo que comportaría, en cuanto aquí puede interesar, que tal edificio se encontraba fuera de ordenación y tendría que ser derribado antes del 31 de diciembre de 2008.

2) "Josel, Sociedad Limitada" adquirió dicho edificio, pagando unos setenta millones de euros, asumió las cargas urbanísticas -primero convenidas y luego reflejadas en el instrumento de planeamiento mediante la modificación del PGOU de la "Façana Marítima" del año 2003-, y se aprestó a sacar partido del techo edificable previsto, para cuyo fin solicitó las correspondientes licencias municipales.

3) El 22 de noviembre del año 2004, el Colegio Oficial de Arquitectos de les Illes Balears (COAIB), en cumplimiento del acuerdo adoptado por la Junta de su Demarcación de Mallorca el 28 de octubre anterior, solicitó al Consell Insular de Mallorca (CIM) que iniciase el pertinente procedimiento para lograr la salvaguarda del edificio de GESA respecto de actuaciones que pusieran en peligro su integridad, así como la adecuada protección que garantice su permanencia.

4) Solicitada por el Consell de Mallorca la emisión de un informe por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, resulta que, primero, la Comissió de Centre Històric i Catalogació en la sesión celebrada el 14 de junio de 2005 decidió por mayoría no aprobar la protección del edificio de GESA; segundo, el 9 de noviembre de 2005 la Cap del Departament de Planejament i Rahabilitació Urbana de la Gerencia de Urbanismo del Consistorio informó desfavorablemente la protección, basándose en los siguientes argumentos (folios 109 a 112 del expediente):

- En el estudio de visuales realizado con ocasión de la modificación del PGOU en el año 2003 se consideró positiva la eliminación del inmueble a fin de facilitar la visualización de la Catedral y las Murallas.

- Ni en las modificaciones del Catálogo de Edificios (1998), ni tampoco en la revisión y modificación del PGOU se había contemplado nunca la posible protección del edificio de GESA.

5) El 16 de mayo de 2006, el Departamento del Territorio del Consell de Mallorca emitió un informe –firmado por el C.S. de Bienes Culturales de la D. I. de Patrimonio Histórico, así como por la C.S. de Arquitectura (D^a Francisca Cursach Pastor, quien declaró como testigo ante el Juzgado de Instancia), proponiendo la incoación de un expediente de protección como BIC del inmueble, categoría de monumento, así como de su entorno de protección según la documentación gráfica que se adjuntaba (folios 131 a 142 expediente).

6) La Ponencia Técnica de Patrimonio Histórico, en su sesión nº 6/2006, de 6 de junio, propuso la incoación de un expediente de catalogación del edificio (acta acompañada con el escrito de contestación a la demanda correspondiente al CIM).

7) El 16 de junio de 2006, la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio Histórico acordó: *'Incoar expediente de declaración como **Bien Catalogado** a favor del edificio central de GESA, situado en la calle de Joan Maragall, n. 16, de Palma, sobre la base de la descripción y delimitación del edificio que figura en el informe técnico de 16 de mayo de 2006...*, estableciéndose que *'Las obras que haya que realizar en el inmueble afectado por la incoación tendrán que ser previamente autorizadas por la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio Histórico'*.

8) El 8 de febrero de 2007, los Jefes de la Sección de Bienes Culturales y de Arquitectura de la Dirección Insular de Patrimonio Histórico acordaron informar favorablemente este expediente, y el 16 de febrero siguiente la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio Histórico decidió elevarlo al Pleno del Consell de Mallorca para la declaración del inmueble como bien catalogado (folios 660-666).

9) El 2 de abril de 2007 el Pleno del Consell Insular de Mallorca declaró dicho edificio como "Bien Catalogado", atendiendo al informe jurídico emitido el 22 de febrero por

el TAG Jefe de la Sección Jurídico-Administrativa de Patrimonio Histórico y con base en los informes técnico y jurídico realizados el 7 y 8 de febrero de 2007, adjuntándolos como motivación (folios 850 y siguientes del expediente), siendo publicado en el BOIB nº 80, de 29 de mayo de 2007.

10) El 2 de julio de 2007 la entidad "Josel S.L." presentó recurso contencioso-administrativo contra el referido acuerdo, registrado como procedimiento ordinario nº 101/2007, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palma de Mallorca, en cuyo seno se solicitó por la mercantil actora la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada, siendo denegada por el Auto dictado por el Juzgado de instancia nº 262/2008, confirmado en apelación por la Sentencia de esta Sala nº 89/2009, de 12 de febrero.

11) La Sentencia del Juzgado Contencioso nº 1 de Palma, nº 68/2012, de 16 de febrero estimó el recurso contencioso-administrativo, anulando el acuerdo de declaración del edificio central de GESA como bien catalogado, frente a la cual se interpuso el presente recurso de apelación por el Consell Insular de Mallorca.

CUARTO. El núcleo de la controversia en el presente rollo de apelación consiste en dilucidar si el edificio sito en la Avenida Joan Maragall nº 16 de Palma de Mallorca, inmueble conocido por buena parte de los vecinos de esta ciudad como "GESA", reunía los condicionantes para recibir la protección como bien inmueble integrante del Patrimonio Histórico de les Illes Balears, en concreto con el grado o categoría de bien catalogado.

Esta discusión no resulta ser meramente fáctica, sino también jurídica, como ha establecido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de junio de 2012 (sección 5ª):

"El razonamiento que expone la sentencia recurrida, vinculado exclusivamente a la prueba, no puede hacernos creer que estamos ante una cuestión meramente fáctica y no jurídica, porque no es así. La catalogación de los edificios, en este sentido, con las limitaciones que para la propiedad conlleva, se justifica por la protección jurídica que debe dispensarse al patrimonio artístico y cultural urbano, al tomar en consideración la relevancia que determinados edificios han tenido en la configuración de la ciudad".

La crítica realizada en el recurso de apelación por el Consell de Mallorca, por consiguiente, no se trata de una mera impugnación de la labor de valoración de prueba realizada por el juez de instancia, como aboga "Josel S.L." en su escrito de

oposición, sino que el recurso también versa sobre la subsunción de las condiciones y características del inmueble en el concepto legal de "bien catalogado".

El artículo 46 de la Constitución Española (CE) dispone que *"Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio"*. Este precepto se inserta dentro de los principios rectores de la política social y económica recogidos en el Capítulo III del Título I de la Norma Fundamental, cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que lo desarrollen (artículo 53.3 CE).

En desarrollo y cumplimiento de esta cláusula constitucional, y al amparo del título competencial autonómico previsto en el artículo 148.1.16ª de la Norma Fundamental (*"Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma"*), recogido en el actual artículo 30.25 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de marzo), se dictó la Ley Balear 12/1998 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears (LPHIB), cuyo artículo 1.2 fija el ámbito objetivo de la misma:

"El patrimonio histórico de las Illes Balears se integra de todos los bienes y valores de la cultura, en cualesquiera de sus manifestaciones, que revelan un interés histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, histórico-industrial, paleontológico, etnológico, antropológico, bibliográfico, documental, social, científico y técnico para las Illes Balears".

En la Exposición de Motivos de la Ley Balear 12/1998 se establece que: *"La presente Ley quiere aprovechar, en gran medida, las técnicas jurídicas diseñadas por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. En esta línea, la protección de los bienes a que se refiere esta Ley se centra principalmente en dos categorías de protección: Los bienes de interés cultural y los bienes catalogados. La primera de estas categorías reúne los bienes más relevantes y merecedores del grado más elevado de protección, que deberá ser dispensada por acuerdo del pleno del consejo insular correspondiente. Por otro lado, la categoría de los bienes catalogados, que aspira a extender los límites de la actual política de defensa y conservación de este patrimonio, cumplirá a menudo la función de proteger bienes que más adelante puedan disfrutar de la condición de bienes de interés cultural. Los consejos insulares alcanzarán la responsabilidad de incoar e instruir los correspondientes procedimientos"*.

Por consiguiente, los bienes muebles o inmuebles integrantes del patrimonio histórico de les Illes Balears pueden obtener dos grados de intensidad en su protección, de mayor a menor, bien como bienes de interés cultural (BIC) o bien como bienes catalogados.

El edificio central de la compañía "Gas y Electricidad" a través del acto administrativo impugnado y anulado en la Sentencia de instancia fue declarado como bien inmueble catalogado, a pesar de que tanto el informe emitido por los técnicos del Consell Insular de Mallorca el 16 de mayo de 2006, como también la Ponencia Técnica de Patrimonio Histórico en su reunión de 6 de junio de 2006 propusiesen al Pleno del CIM el otorgamiento de la máxima protección como BIC, en la categoría de monumento.

En su recurso de apelación el CIM alega que la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2010, citada en la Sentencia apelada, se refiere al carácter reglado de la catalogación, pero ciñéndose a la materia del planeamiento urbanístico, no abordando su análisis en un ámbito distinto, como en el presente asunto, donde se adopta la decisión de protección al margen de un instrumento de ordenación urbana, como una resolución autónoma e independiente de tutela de un bien integrante del patrimonio histórico insular.

Sin embargo, esta Sala sí considera aplicable aquella doctrina jurisprudencial, en cuanto aborda el carácter reglado de la protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico por parte de los poderes públicos, y al margen de los instrumentos mediante los cuales logren esta tutela, que pueden ser tanto instrumentos de planeamiento (planes especiales previstos en los artículos 18 de la Ley del Suelo de 1976 y 78 del Reglamento de Planeamiento de 23 de junio de 1978), como también la declaración como bien de interés cultural o catalogado. El uso de una forma de materialización del deber de garantía constitucionalmente consagrado no excluye a la otra.

De hecho, los bienes inmuebles declarados como integrantes del patrimonio histórico balear, de acuerdo con el artículo 38.1 LPHIB, han de ser incluidos en los instrumentos de ordenación urbanística de ámbito municipal, en el sentido de que en

éstos se debe fijar las medidas primarias de identificación, de protección y de conservación.

Por consiguiente, existe una vinculación positiva de los poderes públicos en aras del cumplimiento del deber de garantía del patrimonio histórico, debiendo proteger, mediante la figura que más se adecue a sus condiciones, todos los elementos acreedores de esta consideración, y una vinculación negativa ante las consecuencias que esta protección produce sobre el derecho de propiedad, no debiendo ni pudiendo incluir como bienes del patrimonio histórico aquéllos que no reúnan los valores legalmente exigidos.

El artículo 5.1 LPHIB define los BIC: *"Tendrán la consideración de bienes de interés cultural los bienes muebles e inmuebles más relevantes del patrimonio histórico de las Illes Balears que por su valor singular se declaren como tales de forma individualizada. Sólo con carácter excepcional podrá otorgarse genéricamente la categoría de bienes de interés cultural a una clase, tipo, colección o conjunto de bienes."*

Por otro lado, el artículo 14 LPHIB regula la definición de los bienes catalogados y los catálogos insulares: *"1. Tienen la consideración de bienes catalogados aquellos bienes muebles e inmuebles que, no teniendo la relevancia que les permitiría ser declarados bienes de interés cultural, tienen suficiente significación y valor para constituir un bien del patrimonio histórico a proteger singularmente. 2. Dependiente del consejo insular correspondiente, se creará el Catálogo Insular del Patrimonio Histórico, como instrumento de su salvaguarda, consulta y divulgación, con el objeto de inscribir en él los bienes catalogados. Los bienes muebles pueden ser catalogados singularmente o como colección"*.

QUINTO. Esta Sala debe examinar si en la Sentencia de instancia se apreció correctamente que el bien inmueble comúnmente conocido como "GESA" no revelase un interés histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, histórico-industrial, paleontológico, etnológico, antropológico, bibliográfico, documental, social, científico y técnico para las Illes Balears, a fin de recibir la protección como bien catalogado, de acuerdo con los artículos 1.2 y 14 LPHIB.

Para ello, debemos atender tanto a la valoración de la prueba efectuada por el juez *a quo*, así como también a la subsunción de los valores e intereses del inmueble que resultan demostrados dentro de la definición legal de bien inmueble catalogado.

La Administración apelante invoca, en primer término, que se han infringido las reglas relativas a la prueba pericial, ya que el informe elaborado por los Sres. Griñó no se trataba de un verdadero informe pericial, al confeccionarse por encargo de la parte actora, cuando la jurisprudencia limita la consideración de dictamen pericial al emitido por el técnico designado judicialmente.

Este argumento debe ser rechazado.

En lo que hace referencia a la valoración de la prueba pericial, la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo (Sentencias de 2 de marzo y 25 de marzo de 2011, sección 5ª) tiene declarado que tanto la elaborada por peritos designados por las partes como la que procede del perito designado judicialmente tienen el carácter de auténtica prueba pericial, que debe en consecuencia valorarse en todos los casos con arreglo a las reglas de la «sana crítica». No existe, por tanto, una primacía apriorística de la «pericial judicial» sobre la pericial «de parte».

La solución, paralela a la adoptada en el ámbito jurisdiccional civil, resulta también en este caso la más conforme a los textos normativos, que establecen la regla general de valoración de la prueba pericial de acuerdo con el principio de «sana crítica», sin distinguir en función de quién haya designado el perito.

SEXTO. Cuestión distinta a la examinada en el fundamento precedente, es el análisis que debe efectuar esta Sala acerca de si la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de instancia fue irracional o arbitraria, o que se haya realizado con vulneración de las reglas de la sana crítica o infringiendo las normas que regulan el valor probatorio de los documentos públicos y privados.

Este Tribunal aprecia que las conclusiones del dictamen pericial de parte, tomadas en consideración por el juzgador *a quo* como único argumento a favor de su decisión, por sí solas no revisten entidad acreditativa suficientemente imparcial ni concluyente para concluir que la protección del edificio “Gesa” como bien catalogado fue disconforme a derecho. Pero, por otro lado, tampoco se estima que los informes elaborados por los técnicos del Consell Insular, por una catedrática de Historia del Arte de la UIB –a título “*particular*”, no institucional- y las peticiones y alegaciones de diversas instituciones efectuadas en el seno del expediente corroboren con objetividad el carácter histórico y cultural tutelable del inmueble en cuestión.

Ante la ausencia de medios de prueba practicada en la instancia que gozasen un peso acreditativo suficiente para demostrar que el inmueble reúne valores de entidad para ser catalogado, esta Sala decidió la práctica de una prueba pericial académica, a fin de que el dictamen emitido por una institución designada judicialmente –elegida de común acuerdo entre las partes personadas en el rollo de apelación- permitiese lograr una prueba más contundente e imparcial, bien en un sentido o bien en otro.

Este Tribunal, a pesar de que la denunciada desviación de poder que supuestamente vició el acuerdo de catalogación del edificio GESA no pueda ser objeto de análisis en el presente recurso de apelación, habiendo sido desestimada en la Sentencia apelada, precisamente porque la entidad actora no impugnó la Sentencia de instancia ni en este ni en ningún otro extremo, ya que se limitó a oponerse a la apelación formulada de adverso por el CIM, no puede dejar de expresar su sorpresa sobre las sucesivas decisiones que las Administraciones Públicas, municipal y sobre todo insular, han adoptado de forma directa e indirecta respecto a la protección del edificio de "GESA" desde el año 1998, las cuales han sido contradictorias y de difícil comprensión desde el punto de vista del cumplimiento del interés general ínsito en la protección de los bienes del patrimonio histórico.

En el año 1998 se produjo una revisión completa del Catálogo de Edificios de la ciudad de Palma de Mallorca, en cuya elaboración participó la Sra. Cantarellas (catedrática de Historia del Arte en la UIB y autora a título "*particular*" de un informe durante la tramitación del expediente de catalogación), y también informó favorablemente la Comisión competente del CIM, y en esta revisión acordada por el Ayuntamiento de Palma y bendecida por el Consell Insular ni siquiera se planteó la posibilidad de incluir el edificio de oficinas de GESA.

El Colegio Oficial de Arquitectos nunca incluyó este inmueble dentro de sus publicaciones ni relaciones de edificios relevantes en Palma de Mallorca.

El 2 de junio del año 2003, como consecuencia de un convenio urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Palma y la entonces sociedad propietaria del inmueble, "GESA-ENDESA", se aprobó definitivamente por el Pleno del CIM una modificación puntual del PGOU de Palma de Mallorca, afectando concretamente al sector donde se sitúa el inmueble "*Façana Marítima*", previendo la situación de fuera de ordenación del mismo, su demolición del mismo y la edificación de los terrenos, con

el deber de cumplimiento de las cargas urbanísticas. Esta modificación permaneció incólume en la posterior modificación puntual del PGOU de 6 de noviembre de 2006, referida al mismo sector.

En noviembre del año 2004, el Colegio Oficial de Arquitectos de Baleares solicitó la protección –sin indicar categoría- del edificio al Consell Insular de Mallorca.

La mercantil “Josel S.L.”, mediante escritura pública otorgada el 12 de enero de 2005, compró la sociedad “GESA” tres solares edificables, con el inmueble aquí contemplado, pagando unos 70 millones de euros, y la sociedad vendedora se comprometió a demolerlo antes de diciembre del año 2008.

El 14 de junio de 2005, la Comisión de Centro Histórico y Catalogación del Ayuntamiento de Palma informó desfavorablemente conceder ningún tipo de protección al inmueble, basándose en razones de la calificación del planeamiento vigente (modificación del año 2003) y la afectación visual al centro histórico de la capital balear.

Hasta el 16 de junio del año 2006 no se acordó iniciar el expediente por la Comisión competente del Consell Insular de Mallorca, la cual decidió la catalogación del edificio en la sesión de 2 de abril de 2007, con sustento en diversos informes técnicos emitidos por sus departamentos, la solicitud cursada por el Colegio Oficial de Arquitectos y en el documento-informe confeccionado por la catedrática Sra. Cantarellas.

A partir del relato fáctico traspuesto se colige, y ello con independencia del análisis que efectuaremos sobre si el inmueble efectivamente reunía o no los requisitos para ser protegido como bien de patrimonio histórico, y de su adecuación a la Ley Balear 12/1998, que la catalogación se produjo de forma imprevista por parte de la Administración Insular a principios del año 2007, cuando cuatro años antes, reafirmandose a finales del año 2006, había dado el visto bueno nada más y nada menos que a su demolición.

A pesar de no haber sido objeto de prueba en este pleito las vicisitudes que rodearon la catalogación del inmueble, a partir de los hechos relatados más arriba se desprende ineludiblemente que, aunque esta decisión pudiese corresponder a una finalidad real de preservar un bien del patrimonio arquitectónico de las Baleares,

implicó un verdadero “golpe de timón” o “cambio de rumbo” respecto de las actuaciones hasta entonces realizadas y de la normativa urbanística aprobada definitivamente por el Consell Insular.

Y esta forma de proceder por parte de la Administración Insular no sólo produjo extrañeza en los ciudadanos, sino que también sorprende a este Tribunal.

No se puede alcanzar a comprender las razones por las que a mediados del año 2006 se incoa un expediente para otorgar la protección de un inmueble, al apreciar el Consell Insular que reunía valores propios del patrimonio histórico, y poco después, a finales del mismo año, la institución insular aprueba una modificación del planeamiento general municipal relativo al sector donde se ubica el edificio, en la cual permanece su situación de fuera de ordenación y previsión de demolición.

SÉPTIMO. La Sentencia impugnada apelada basa su parte dispositiva en las siguientes conclusiones del dictamen pericial aportado por la entidad actora y apelada.

“1º.- Al edificio GESA se le intenta encuadrar en el llamado “movimiento moderno” en arquitectura, pero no existe tal vinculación por cuanto su proyección y construcción data de 1977 y el “movimiento moderno” se prolongó desde 1928 al 1959.

2º.- A pesar de dicha desvinculación se admite que tenga algunas influencias del indicado movimiento, pero no por ello ha de incluirse en dicha corriente o movimiento de la misma forma que “Un caballo pintado a rayas no es una cebra” (Louis Kahn).

3º.- La circunstancia de que el edificio haya sido proyectado por el arquitecto mallorquín José Ferragut no determina por sí sólo la necesidad de proteger el edificio. En este sentido se afirma que no hay buenos arquitectos, sino buenos proyectos.

4º.- La ubicación del edificio GESA en la primera línea de la fachada litoral de Palma eclipsa la imagen ciudadana tradicional, diluyendo la identidad histórica local, siendo relevante la postura de rechazo del Ajuntament de Palma a la catalogación por motivos de estudio de impacto visual sobre el centro histórico, la muralla y la Catedral. De manera que la singularidad pretendida debe radicar en la excelencia dentro de un conjunto y no en el aislamiento de un único caso y en el caso la idea de contraste de un edificio moderno en altura respecto de una ciudad tradicional no fue llevado a término de forma que se obtuviera una expresión de contenidos distintos.

5º.- La situación del edificio GESA no parece acertada por cuanto ha sido incapaz de crear, tras los más de treinta años de su existencia, un entorno edificatorio innovador y su existencia entorpece la remodelación del frente marítimo. De forma que su mantenimiento provoca una falta de cohesión urbana que tiene incidencia negativa en el colectivo de los habitantes de la Ciudad de Palma ya que

su disposición sobre la parcela conduce a un menor grado de vistas sobre el litoral y a un soleamiento insatisfactorio y su falta de rigor proyectual entre la idea y los volúmenes finales producen una disipación en la lectura del conjunto que conlleva a una disminución cuantitativa a nivel arquitectónico. En dicho sentido se considera más acertado el proyecto que el edificio finalmente construido, por lo que sería más proporcionado estudiar la posibilidad de catalogar sólo la documentación relativa al proyecto, y en su caso, complementada con un reportaje fotográfico, inscribiéndola en el catálogo Insular del Patrimonio Histórico.

6º.- Amén de otras deficiencias técnicas del edificio se concluye la inadecuación del edificio para uso residencial y que ponderados todos los inconvenientes debe aplicarse el principio de proporcionalidad".

El edificio que ubicó durante treinta años las oficinas centrales de la compañía "GESA" es un inmueble de notorio conocimiento y renombre en el ámbito de la ciudad de Palma de Mallorca.

Es el primer edificio visible en la entrada de la urbe procediendo desde el aeropuerto, situado en pleno Paseo Marítimo, en primera línea de mar, el cual destaca por sus dimensiones en altura, máxime cuando se ubica de forma aislada sobre en unos terrenos y en su parte derecha ya se inicia el casco antiguo de Palma, con su muralla y catedral gótica.

La decisión acerca de la procedencia de su protección como bien integrante del patrimonio histórico balear debe basarse ineludiblemente en motivos ajenos a las opiniones personales o preferencias estéticas de quien la adopte.

Por el contrario, esta respuesta debe descansar necesariamente en el análisis acerca de si el inmueble es o no un bien de la cultura balear que cumpla algunas de las características recogidas en los artículos 1.2 y 14 LPHIB (*que revelan un interés histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, histórico-industrial, paleontológico, etnológico, antropológico, bibliográfico, documental, social, científico y técnico para las Illes Balears*) con suficiente significación y valor "*para constituir un bien del patrimonio histórico a proteger singularmente*".

El acto administrativo impugnado tuvo en cuenta, de forma implícita, los valores históricos, artísticos, arquitectónicos, social y técnicos del edificio a fin adoptar su protección como bien catalogado, como se colige del contenido de los informes técnicos emitidos el 16 de mayo de 2006 y 7 de febrero de 2007, adjuntados a la resolución de catalogación como parte de su motivación.

El Consell Insular de Mallorca atendió especialmente a que el inmueble es un exponente del Movimiento Moderno, el único edificio representante del racionalismo en las Islas.

Las premisas técnicas en las que se basó el juez de instancia para decidir que el inmueble no merecía la protección concedida administrativamente, son las señaladas en las conclusiones traspuestas del dictamen confeccionado por los Sres. Griñó. Pero estas conclusiones no acreditan que el edificio no reúna ninguno de los valores legalmente señalados en los artículos traspuestos, ya que se basan, o bien en razones de pertenencia o no a una corriente arquitectónica, bien en que se destaca la autoría del proyecto, cuando el acto administrativo no se sustenta en el arquitecto que diseñó el inmueble; así como en la situación de la construcción y la adaptación al espacio que le rodea, tratándose estas últimas de consideraciones de carácter urbanístico.

A través del dictamen pericial confeccionado por la UPM, en contra de las manifestaciones contenidas en el informe realizado a instancia de la parte actora (Sres. Griñó), se ha acreditado que el inmueble efectivamente se integra en el tardío "Movimiento Moderno" o "International Style", con explicación de que esta corriente arquitectónica se desarrolló más tarde en Europa que en Estados Unidos, a causa de las consecuencias económicas padecidas tras la Segunda Guerra Mundial, teniendo lugar entre los años sesenta y setenta, dándose la circunstancia de que el edificio GESA fue proyectado por el Arquitecto mallorquín D. José Ferragut i Pou en los años 1964 y 1965 y con fecha de terminación en el año 1977:

*"El edificio conocido como GESA constituye uno de los escasos ejemplos nacionales –y el único balear– de lo que podríamos llamar la arquitectura del **International Style**. Este 'Estilo Internacional' no es más que un desarrollo tardío del **Movimiento Moderno** –Movimiento arquitectónico, igualmente internacional, generado en la Europa de Entreguerras– que, al amparo del progreso económico que siguió a la II Guerra Mundial, configuró la ciudad moderna en base a un nuevo edificio, exento, que destacaba por su forma prismática y su fachada reflectante. El **International Style** tuvo su mayor esplendor en Estados Unidos, desde finales de los años cuarenta, hasta mediados de los sesenta. Aunque en Europa existen algunos ejemplos aislados, el verdadero **International Style** no tomó forma hasta los años cincuenta y sesenta, momento del despegue económico, tras la II guerra Mundial.*

*El nuevo edificio en altura, surgido en base a las directrices del **International Style**, se concibió bajo tres premisas fundamentales: la creación de la fachada de vidrio –el llamado **muro cortina**–; la sustitución de los muros de carga por la **estructura en retícula** de soportes de acero u hormigón*

armado; y la búsqueda del espacio continuo que la retícula estructural permitía, la llamada **planta libre.**"

En el dictamen realizado por encargo de esta Sala se explican las razones de la trascendencia de este inmueble como paradigma del "*International Style*" a nivel no sólo insular, sino también nacional, debido a que en España existen pocas obras pertenecientes a este estilo arquitectónico, por un lado, y califica al edificio GESA como el resultado de una previsión innovadora en cuanto a su concepción y por los materiales que fueron empleados, de acuerdo con el contexto histórico, social y económico de la época en la que fue concebido:

"Fue de tal envergadura la influencia del edificio prismático en altura, en muro cortina y planta libre, para la creación de edificios de oficinas que, las grandes empresas de las ciudades más pudientes del mundo, no dudaron en ser representadas por este tipo edilicio. Desde este punto de vista, el proyecto de Josep Ferragut i Pou, representando a una de las empresas más fuertes en el ámbito insular balear, la Compañía Gas y Electricidad S.A. -GESA-, responde a una decisión innovadora, dadas las condiciones de la industria de la construcción en nuestro país, que no tuvo parangón ni en el ámbito local ni en el peninsular. No debemos olvidar que en España, en los años sesenta, la creación de un muro cortina adecuado fue un auténtico reto, por la ausencia de instauración del sistema en la arquitectura española.

El edificio de oficinas del International Style es el representante de un momento histórico esencial en el desarrollo de la modernidad (...)

Hay que tener, por lo tanto, en cuenta que en España hasta los años sesenta del siglo pasado NO EXISTIÓ LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN ADECUADA A LOS IDEALES DEL LA MODERNIDAD. El edificio GESA, proyectado de forma arrolladora por un arquitecto culto, bien informado y gran profesional -como muestra la generalidad de su obra-, supuso uno de los escasos hitos nacionales que, aprovechando el despegue económico, fomentó la modernización de la industria de la construcción en España -un valor añadido al edificio a dictaminar-.

El edificio se construyó en los terrenos que la Compañía Gas y Electricidad S.A. poseía al este de la ciudad histórica de Palma de Mallorca, junto al mar; lindando 'por el Norte con la calle de Juan Maragall; por el Este con terrenos sin edificar que dan frente a la calle 265; por el Sur con la futura autopista a Son San Juan, explanada de Ca'n Perentoni y por el Oeste con la Avenida del General Primo de Rivera'1 -actual Gabriel Alomar y Villalonga- (...).

La pérdida del edificio implicaría la pérdida de un referente histórico del desarrollo económico de las Islas Baleares de los años 60 -momento del encargo-, así como la de uno de los escasos ejemplos de la arquitectura del International Style, tanto en suelo balear como en suelo peninsular.

El edificio de Ferragut i Pou incorpora los cuatro elementos fundamentales del edificio representativo del poder económico en el ámbito internacional:

Edificio exento?

Muro cortina?

Estructura reticular?

Planta libre".?

Respecto a la concepción de un edificio con dos cuerpos, uno vertical y uno horizontal, el dictamen determina que constituye un ejemplo de arquitectura funcionalista y moderna, capaz de pervivir y servir al mismo destino en los tiempos actuales: *"El sistema de agrupación volumétrica, basado en la adición de cuerpos secundarios –de menor altura– a un volumen principal –de altura mayor–, formó parte de los objetivos proyectuales para grandes edificios, formulados por el Movimiento Moderno, y fue clave en la creación de los edificios de gran altura del **International Style**, tanto en las ciudades estadounidenses de los años cuarenta y cincuenta, como en las europeas, de los cincuenta y sesenta. (Véase Anexo 1, pp. 28-50)*

Esta jerarquización de volúmenes permitía un uso de los edificios más funcional, ordenando los accesos y, repartiendo y orientando las actividades más adecuadamente. Desde ese punto de vista la organización del edificio GESA es un ejemplo de arquitectura funcionalista, capaz de haber pervivido sin cambios relevantes durante tres décadas y que, en la actualidad, podría de nuevo albergar un uso similar al preexistente. Su adecuada organización volumétrica es garante de su funcionalismo y modernidad, igualmente en la actualidad (...).

La definición del volumen principal constituye uno de los mejores ejemplos del racionalismo moderno, nacional e internacional. Su belleza, a pesar del lamentable estado en el que los diferentes pisos se encuentran, es fruto de dicho racionalismo estructural y compositivo; del uso de las proporciones adecuadas y de la modulación integral del proyecto.

(El deterioro actual del edificio es de carácter superficial, fruto del ensañamiento de los intrusos que han conseguido acceder al edificio. Su estado estructural, constructivo y arquitectónico es muy bueno, habiendo envejecido poco el edificio, tanto en su exterior como en su interior.)

Se evidencia que Ferragut luchó por conseguir espacios agradables en los que el trabajo fuese más amable. Su iluminación natural quedaba controlada por la calidad del vidrio de los ventanales y de sus persianas venecianas; sus espacios abiertos, las vistas que se aprecian desde casi todos los rincones del edificio, constituyen unos requisitos que pocos edificios de la época habían perseguido, en el ámbito de la arquitectura española".

Con respecto al muro cortina, la profesora universitaria expresa que *"El muro cortina de GESA es un referente de un periodo histórico, económico, industrial y profesional, en el que la innovación creativa y la ejecución constructiva evolucionaron paralelamente. Es, en este sentido, el*

elemento más representativo de la situación en la que se creó el proyecto y ha de ser por tanto la parte del edificio cuya protección y conservación es indiscutible".

En cuanto a la escalera del vestíbulo, asevera que *"Se trata del espacio más representativo del edificio, en el que la majestuosidad de los materiales nobles se ajusta a la modernidad de una escalera sutil, resuelta en hormigón armado y acero inoxidable. Un espacio en el que la obra de arte total queda representada por lo clásico y lo moderno, con la inclusión, posterior, del mural de Lluís Castaldo. El conjunto añade un valor más al reconocimiento artístico y arquitectónico del edificio; a la valentía en la mezcla de materiales tradicionales y materiales modernos."*

Por último, en lo que respecta al posible impacto negativo sobre el centro histórico, la técnico universitaria designada judicialmente niega su existencia: *"Aunque se ha hablado mucho de las interferencias de GESA en la percepción de la ciudad histórica, he de aclarar que el edificio se encuentra lo suficientemente distanciado como para no suponer ninguna interferencia, ni física ni visual, en el encuentro con el entramado histórico"*.

La profesora de la Escuela de Arquitectura de la UPM, Sra. Maure, tras explicar con detalle los valores históricos, arquitectónicos, sociales, económicos y técnicos, como se ha traspuesto arriba, concluye que el edificio GESA merece, como mínimo, recibir la protección en calidad de bien catalogado:

"Según mi leal saber y entender, el edificio conocido como GESA reúne los valores históricos, arquitectónicos, urbanísticos y ambientales, tanto en el ámbito de Mallorca, como en el de las Islas Baleares, así como en el de la Península, para constituir un bien del patrimonio histórico a proteger singularmente, tanto el propio edificio como su entorno, y para tener la consideración, cuanto menos, de Bien Catalogado a que se refiere el art. 14.1 de la ley Autonómica 1271.998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears.

Sus cualidades edilicias lo han convertido en el mejor ejemplo, en el ámbito de las Islas Baleares, de una modernidad arquitectónica que definió los edificios en muro cortina de los años sesenta y setenta —años cincuenta y sesenta en el ámbito internacional—, comparable a los realizados por de César Ortiz-Echagüe y Rafael Echaide para la SEAT, en varias ciudades española; así como al edificio de Luis Gutiérrez Soto para la Unión y el Fénix, en Madrid. Escasas son las realizaciones nacionales de esta alternativa de la arquitectura moderna, cuyos ejemplos internacionales, claros referentes en el proyecto de Ferragut para GESA, son, entre otros el edificio de las Naciones Unidas de Nueva York (1947-50); La Lever House de Nueva York (1951); el edificio Seagram, de Nueva York (1958); el edificio SAS de Copenhague (1956-61); y, muy especialmente, los edificios del Daily Mirror de Londres y el ENI de Roma —como recoge el Anexo 1—.

GESA, como tantos otros edificios modernos españoles, ha carecido de los estudios y publicaciones que pusiesen en relieve sus valores y difundiesen su significado en el contexto nacional e internacional del Movimiento Moderno y del International Style. Esto le ha mantenido alejado de la necesaria catalogación y de la falta de compromiso urbanístico respecto a su entorno inmediato. Su

pérdida, alteración de sus valores esenciales, o acoso urbanístico en su entorno inmediato, iría en detrimento de nuestra propia historia contemporánea y del referente que el edificio constituye en la Fachada Marítima de Palma de Mallorca.

Desde este punto de vista el edificio GESA es merecedor de ser un Bien de Interés Cultural, un magnífico Monumento de la Arquitectura Moderna de las Islas Baleares”.

La valoración probatoria efectuada por el juzgador de instancia no se estima adecuada a las reglas de la sana crítica que imperan en la apreciación de la prueba pericial, ya que las conclusiones integradas en el informe aportado por la entidad actora y apelada, en buena parte sustentada en motivos de carácter urbanístico, han quedado desvirtuadas por el dictamen emitido por la Universidad Politécnica de Madrid.

Por ello, esta Sala considera demostrado que, al margen de las circunstancias de oportunidad política que sin duda rodearon la protección del inmueble, el edificio GESA reunía con carácter relevante un conjunto de intereses para ser protegido como bien integrante del patrimonio histórico de les Illes Balears, con la categoría de bien catalogado, cumpliendo las reglas contenidas en los artículos 1.2 y 14 LPHIB.

El recurso de apelación debe ser estimado y, de forma correlativa, el recurso contencioso administrativo debe ser desestimado, ya que la decisión administrativa consistente en catalogar el edificio sito en la Calle Joan Maragall nº 16 fue conforme a derecho.

OCTAVO. Al haberse estimado el recurso de apelación formulado por la Administración Insular, no concurren méritos para efectuar una expresa imposición de las costas.

En atención a lo expuesto:

FALLAMOS

1º) ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Consell Insular de Mallorca, contra la Sentencia nº 68/2012, de 16 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, la cual se revoca.

2º) DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo, por ser conforme a derecho la resolución administrativa impugnada, confirmándola.

3º) SIN IMPOSICIÓN DE COSTAS.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario.

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 la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. D^a ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

VOTO PARTICULAR.

Voto particular que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Pablo Delfont Maza respecto de la sentencia de esta Sala, de fecha 15 de abril de 2014, recaída en el rollo de apelación número 167/2012

1.- Sobre el alcance de la discrepancia con la sentencia.

Este voto particular coincide con la decisión de la mayoría que se refleja en la sentencia, es decir, coincido en que el recurso de apelación debe ser estimado, que debe ser revocada la sentencia del Juzgado, que debe desestimarse el recurso contencioso-administrativo y que debe ser confirmada la decisión administrativa combatida, esto es, que debe ser declarada conforme a Derecho la protección implantada por el Consell Insular de Mallorca en el conocido como edificio Gesa, en Palma de Mallorca.

Mi discrepancia estriba básicamente en que la sentencia de la Sala debería haberse dictado resolviendo directamente el recurso de apelación promovido por la Administración contra la sentencia del Juzgado, esto es, sin practicarse prueba en la fase de apelación de la sentencia del Juzgado; y ello debería haber sido así a mi juicio dado que la prueba que la Sala ha decidido practicar de oficio ni había sido pedida en los escritos de apelación y de oposición a la apelación ni existía base jurídica para que ni la apelante ni las apeladas tuvieran derecho a ella ni, en fin, tampoco la Ley le permite a la Sala acordar por su cuenta la práctica de prueba en la fase de apelación de una sentencia del Juzgado.

2.- Sobre si es ilegal que la Sala acuerde de oficio la práctica de pruebas en el curso de la apelación de una sentencia.

Como puede verse en la sentencia, la mayoría considera que la remisión a los artículos 63 a 65 de la Ley 29/1988 que, en efecto, figura el apartado 8 del artículo 85 de la misma, permitía a la Sala acordar de oficio la práctica de una prueba en el rollo de apelación referente a la sentencia nº 68/2012 del Juzgado nº 1.

Sin embargo, no debería haberse perdido de vista que el artículo 85.8 de la Ley 29/1998 se refiere -y solo se refiere- a dos tramites, en concreto a los trámites de celebración de vista o de presentación de conclusiones.

Pues bien, es en relación exclusivamente a esos trámites de vista y conclusiones en la apelación para lo que el artículo 85.8 se remite a los artículos 63 a 65 de la Ley 29/1998. Nada más.

Por lo tanto, ni el artículo 85.8 ni ningún otro precepto de la Ley 29/1998 permitía a la Sala hacer lo que ha hecho, es decir, acordar la práctica de una prueba de oficio en el curso del rollo de apelación de la sentencia del Juzgado a la que ya me he referido.

Como es sabido, el contencioso se sujeta a la Ley 29/1998 y, supletoriamente, a la Ley 1/2000.

El tema de la prueba en el recurso de apelación lo encontramos regulado cinco apartados antes del octavo al que ha prestado atención la sentencia, es decir, en el artículo 85.3 de la Ley 29/1998.

El artículo 85.3 de la Ley 29/1998, como el artículo 460.2 de la Ley 1/2000, establecen que el derecho de las partes a solicitar el recibimiento a prueba depende, bien de que hubiera sido indebidamente denegado en la primera instancia o bien de que no hubieran llegado a practicarse pruebas admitidas por razones ajenas al promotor de las mismas.

Por lo tanto, en el contencioso, como por regla general en los procesos civiles regidos directamente por la Ley 1/2000, el Tribunal no tiene permitido acordar de oficio la práctica de prueba alguna en la fase de apelación de la sentencia dictada en la primera instancia.

Esa regla general prevista en la Ley 1/2000, que es la misma que la prevista en la Ley 29/1998, tiene en el contencioso-administrativo la particularidad de que no solo es regla general sino que es única y exclusiva.

En efecto, la regla general de la Ley 1/2000 se excepciona expresamente por el artículo 752 de la misma, referente a los procedimientos de capacidad, filiación, matrimonio y menores, sin que nada tenga que ver, pues, con el proceso contencioso-administrativo, sobre el que opera la Ley 1/2000 con carácter supletorio y, de haber sido preciso, lo sería por la vía de la regla general de la misma, pero es que ni preciso era ese auxilio de la Ley 1/2000 ya que la Ley 29/1998 contiene una regulación agotadora en materia de prueba en la fase de apelación de la sentencia del Juzgado, concretada en que en esa fase de apelación de la sentencia de la primera instancia únicamente cabe el recibimiento a prueba si cumulativamente concurren los dos requisitos siguientes:

A.- Que lo pida al menos una de las partes.

B.- Que la petición se refiera bien a prueba admitida y no practicada en la primera instancia por causa ajena a la parte o bien a prueba debidamente solicitada en la primera instancia e indebidamente denegada en la misma.

Pues bien, en este caso del edificio conocido como Gesa lo que ha ocurrido es que, sin que ninguna parte lo pidiera y sin que tampoco pueda decirse siquiera que la prueba acordada por la Sala tuviera relación con pruebas solicitadas o no practicadas en la primera instancia, en definitiva, se ha decidido la práctica de una prueba pericial.

Esa decisión de la Sala, como vengo tratando de explicar ahora, y así lo he expuesto con toda la claridad que he podido desde el primer momento y, por supuesto, en la deliberación de la sentencia, me parece que es una decisión ilegal.

Como puede verse en la sentencia, la decisión de la Sala no fue consentida por una de las partes apeladas, pero su recurso también fue desestimado y, finalmente, vencedora en la primera instancia, esa ahora apelada -JOSEL S.L.- va a tener que verse vencida en la apelación por el resultado de una prueba que nadie pidió nunca.

Todas las reflexiones que vengo haciendo prescinden de explicar aquello que creo que es muy claro, esto es, que una cosa es que la Ley permita -e incluso estimule- que en la primera instancia el Juez acuerde por su cuenta la práctica de las pruebas que considerase necesarias y otra qué es lo que la Ley les permite a las partes -y al Tribunal- en la fase de apelación de la sentencia dictada en la primera instancia, que no puede decirse -sin más, ni de lejos- que sea mutatis mutandi lo mismo.

3.- Sobre cómo trata de justificar la sentencia la decisión ilegal de la Sala.

La sentencia del Juzgado había hecho perder el juicio a la Administración demandada precisa y exclusivamente por considerar que las conclusiones que se habían estampado en el dictamen pericial encargado -y aportado- por la entidad demandante, Joel, SA, desvirtuaban la decisión administrativa de proteger el edificio del caso.

Y la sentencia de la Sala dice lo contrario y lo dice así: *".....las conclusiones del dictamen pericial de parte.....no revisten entidad acreditativa suficientemente imparcial ni concluyente para concluir que la protección del edificio "Gesa" como bien catalogado fue disconforme a derecho".*

Puestas así las cosas y faltando otra prueba cualquiera para desvirtuar la decisión administrativa de proteger que, como todas las decisiones administrativas, se presume que es una decisión válida, al fin, una sencilla "regla de tres" tenía que haber conducido ya a la Sala a la estimación de la apelación, esto es, tendría que haber conducido a concluir que la presunción iuris tantum de validez de la decisión administrativa de proteger no se había conseguido destruir por quienes la habían impugnado.

Como es sabido, la presunción legal de validez de toda decisión administrativa se recoge en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992.

Esa presunción de validez de los actos administrativos es la primera de las diferencias de nuestro Derecho público con el Derecho privado. Y hay que advertir que ese régimen peculiar de nuestro Derecho público no es propio de él sino común a otros muchos ordenamientos internos y, en lo que más pudiera interesar, propio también del Derecho de la Unión Europea.

Pues bien, la sentencia de la Sala prescinde de la presunción legal de validez de la decisión administrativa y la pone en cuestión en la fase de apelación de la sentencia que terminó la controversia en la primera instancia.

En lugar, pues, de tomar el camino de confirmar en la apelación la decisión administrativa por falta de prueba que desvirtuase su presunción de validez, la sentencia muestra a las claras que la Sala toma parte en el conflicto, para lo que en esa fase de apelación precisamente orilla la presunción legal de validez de la decisión administrativa y por su cuenta la pone en duda, diciéndolo así: *"....tampoco se estima que los informes elaborados por los técnicos del Consell Insular, por una catedrática de Historia del Arte de la UIB –a título particular- y las peticiones y alegaciones de diversas instituciones efectuadas en el seno del expediente corroboren con objetividad el carácter histórico y cultural tutelable del inmueble en cuestión"*.

Es por eso por lo que la Sala decide llevar a cabo una prueba pericial en la fase de apelación de la primera instancia, es decir, tal como lo dice, para conseguir una visión *".... más contundente e imparcial, bien en un sentido o bien en otro"*.

Se hace hincapié así en que en la Sala no existía una orientación o criterio formado o predeterminado; y lo que ahora mismo puede decirse es que es abrumador el peso

o justificación con que puede contar la decisión administrativa, lo que bien puede verse en la sentencia al reflejarse en ella el resultado de la prueba ilegal practicada de oficio por la Sala en la apelación.

A la sentencia, como en ella también puede verse, no le han parecido convincentes los informes emitidos por los técnicos de la Administración actuante, pero no dice por qué.

Y en esa misma línea de adelgazar el soporte y fundamento de la decisión administrativa, la sentencia también insiste en que el dictamen de la UIB no era tal sino que sería algo así como la opinión de una profesora de la UIB que obraba a título particular.

Pero lo cierto es que -ni por un lado ni por otro- la sentencia no encuentra hueco para horadar la regularidad del procedimiento administrativo seguido porque, de existir, esa ya era base suficiente para invalidar la decisión administrativa y no hubiera hecho falta, pues, tener que acudir a la realización ilegal de una prueba que, además, ha dado el resultado que ha dado.

Entre gustos no hay disputas, pero la protección del patrimonio tampoco es un problema de los gustos o intereses de cada cual.

4.- Sobre si en las decisiones administrativas en materia de protección del patrimonio se actúa una potestad reglada o discrecional.

La sentencia rechaza la tesis de la Administración apelante respecto a que sería discrecional la potestad que se ejercita para la protección del patrimonio en aplicación de la Ley sectorial, a diferencia de lo que ocurriría en el planeamiento urbanístico.

Esa controversia entronca con la mención en la sentencia apelada, es decir, en la sentencia del Juzgado nº 1, de la sentencia de la Sala Tercera, Sección Quinta, del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2010, por la que se resolvía el recurso de casación nº 1492/2006.

En esa sentencia de 21 de abril de 2010 se recogía la doctrina de las sentencias de 23 de diciembre de 2008 -recurso de casación nº 5777/2004- y de 4 de septiembre

de 2006 -recurso de casación 2569/2003- y ha sido seguida después por la sentencia de 15 de diciembre de 2011 –recurso de casación nº 4941/2010-.

En todas ellas se señala que la potestad administrativa de catalogación es reglada, queriendo con ello decir que la preservación del patrimonio artístico y cultural español no puede quedar a merced de cualquier contingencia, con lo que, si hay elementos protegibles, la Administración necesariamente debe conferir al inmueble el nivel o grado de protección idóneo o adecuado a sus características.

Ciertamente, en tanto que la protección del patrimonio cultural es una potestad-deber, por lo que se refiere a la determinación de la existencia de elementos protegibles, la Administración Pública concernida actúa con discrecionalidad técnica.

Cuando la Administración opera con discrecionalidad técnica, a diferencia de cuando lo hace con discrecionalidad ordinaria, no elige entre dos o más soluciones igualmente justas sino que, sobre la base de un juicio técnico que formula por si o asumiendo el formulado por otro, en definitiva, adopta una única solución justa.

Pues bien, definida de ese modo la existencia de los elementos protegibles, la Administración debe proceder en ejercicio de una potestad reglada a conferir necesariamente al inmueble el nivel o grado de protección idóneo o adecuado a sus características.

5.- De vuelta sobre en qué se basa la decisión administrativa de proteger el edificio GESA y por qué la Sala debería haber revocado la sentencia que había anulado esa decisión.

A mi juicio, y también a juicio de la mayoría que sostiene la sentencia de la Sala, la sentencia apelada era desacertada, esto es, no podía compartirse el fundamento de su decisión de anular la protección del edificio GESA, concretado en exclusiva en la relevancia que da a la única prueba llevada al juicio, es decir, a la prueba pericial aportada por el demandante con su demanda y ratificada en el juicio.

El informe pericial aportado por la demandante era gráfico cuando aludía a que no debía confundirse una cebrá con un caballo pintado a rayas -o al revés- pero sobre todo era marcadamente inconsistente ya que eludía, primero, que se trata del

edificio de la isla de Mallorca que mejor condensa los preceptos de la arquitectura moderna; y, segundo, que el edificio GESA recoge aspectos tan dignos como su concepción como columna clásica o el prisma de líneas depuradas, es decir, la geometría sin ornamentos que está en la base de que no pase de moda.

Y, desde luego, ese informe elaborado por encargo y presentado con la demanda eludía sin reparo salir al paso del significativo emparentamiento del edificio GESA con los edificios en los que se inspira y con los que comparte características, es decir, el Lever House o el Seagram de Nueva York.

Dicho esto, puede ahora recordarse que la decisión administrativa de proteger el edificio GESA ni ha sido adoptada eludiendo aspecto procedimental cualquiera ni tampoco se ha cuestionado que así hubiera sido.

Formalmente, la base de la discrepancia en la primera instancia, es decir, la tesis de la demanda, se encuentra en la falta de fundamento de la decisión administrativa de proteger el edificio GESA, pero ese aspecto no formaba parte de lo que la Sala tenía que conocer, es decir, como es bien lógico, no formaba parte del arsenal argumental o crítica de la sentencia apelada puesto que esa apelación, recordémoslo, ha sido promovida precisamente por la Administración autora del acto de protección que la sentencia apelada había anulado.

Y, por lo mismo y como así se reconoce en la sentencia, tampoco deberían examinarse ahora los fundamentos de la desviación de poder incorporados a la demanda.

Ocurriría que, sin que antes se hubiera promovido la protección del edificio del caso y sin que tampoco en favor de su catalogación hubiera informado la profesora de la UIB a la que ya he mencionado anteriormente, en 2003 se aprobó definitivamente una modificación puntual del Plan General que se traducía en la demolición del edificio GESA y la posibilidad de edificar en los terrenos que ocupa.

Sea o no debido a ello, en 2004 el Colegio Oficial de Arquitectos de Baleares solicitó la protección, pero esa solicitud quedó detenida en el informe desfavorable emitido en 2005 por órgano de la Administración ahora apelante, donde se aludía a dicha modificación del Plan General y a que se pensó entonces que el edificio del caso no dejaba ver el centro histórico, es decir, que lo afectaba visualmente.

La ordenación urbanística implantada en 2003 parece ser que fue lo que despertó el interés de "Josel S.L.", ahora apelada, de tal modo que, mediante escritura pública otorgada el 12 de enero de 2005, adquirió a la entidad ahora también apelada, "ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.", tres solares edificables, incluido el edificio del caso, por unos 70 millones de euros, habiéndose comprometido la vendedora a demolerlo antes de diciembre del año 2008.

Así las cosas, el 16 de junio del año 2006 se inició el expediente del caso, concluido el 2 de abril de 2007.

Pues bien, la sentencia se traiciona a sí misma, es decir, a su convencimiento de que esos aspectos no eran relevantes para lo que tenía que decidirse, y muestra abiertamente una catarata de sospechas: *"...implicó un verdadero "golpe de timón" o "cambio de rumbo" respecto de las actuaciones hasta entonces realizadas y normativa aprobada por el Consell Insular" y "....no sólo produjo extrañeza en los ciudadanos, sino que también sorprende a este Tribunal"*.

Sin embargo, esas vicisitudes, como algunas otras que relacionan el caso con el ejercicio de acciones penales por la adjudicación acordada por el propio Consell Insular de Mallorca de determinado contrato, en concreto, el conocido como caso "Can Domenge", no forman parte del objeto de la apelación, como ya he dicho, con lo que no deberían haber obtenido ninguna puntuación o reconocimiento en la sentencia.

Sea por lo que sea que el edificio GESA no se protegiera anteriormente, es decir, incluso si los mismos "actores", por la vía de la reconsideración de sus posturas anteriores, han determinado ahora que el edificio GESA progrese desde el anonimato hacia lo que la doctrina ha denominado el "reconocimiento consciente" por parte de la sociedad, al fin, lo relevante para la conformidad a Derecho de la decisión de proteger era su fundamento, que se presumía válido y que la ahora apelada no consiguió desvirtuarlo en la primera instancia, con lo que la sentencia que la Sala tendría que haber dictado era, sencillamente, esa, es decir, sin necesidad de someter el caso a nuevas e ilegales experiencias probatorias

En materia de catalogación de bienes cobran especial relevancia las apreciaciones técnicas o los conocimientos especializados, constituyendo la base de la decisión; y entre los elementos a barajar para determinar la importancia de un edificio pueden incluirse la singularidad de su valor histórico y arquitectónico o que no sean sustituibles en la imagen urbana o en la memoria histórica de la ciudad.

Llegados a este punto, creo que es necesario resaltar que en materia de protección rige el principio o criterio de interpretación más favorable a la conservación, precisamente para impedir así la demolición de obras con daño al legado histórico, artístico y cultural.

Por lo tanto, en caso de duda, la interpretación es en favor de la conservación, criterio que tampoco ha sido tenido en cuenta en la sentencia cuando indebida e innecesariamente a mi juicio- ha puesto en duda el criterio de la Administración.

En una situación así, esto es, en resumidas cuentas, siendo distinto para el Juzgado y para la Sala el resultado de la valoración de la prueba pericial aportada por la demandante JOSEL S.L. -ahora apelada- y deparando el resultado de esa valoración por la Sala la insuficiencia de la prueba pericial aportada por la demandante, en definitiva, el recurso de apelación fructificaba por sí solo.

Debo insistir en que, a mi juicio, tanto la base argumental de la solicitud que puso en marcha el procedimiento como los informes de los servicios técnicos de la Administración actuante cuentan con un fundamento claro y detallado, ratificado en el juicio con sobrada seguridad y precisión, incluso cuando se cuestionaba si acaso en su elaboración concurrió interferencia cualquiera, es decir, una especie de "mano que mece la cuna".

Sobre el informe de la profesora de la UIB, del que la sentencia insiste en que se emitió a título particular, lo que me cabe decir es lo mismo que ya he indicado antes, esto es, primero, que ni se cuestiona ni se aprecia que exista atisbo de alteración del procedimiento debido; y, segundo, que ese informe, incluso si es que fuera divergente de otro de la misma autora que le hubiera precedido en tiempo y ocasión, en definitiva, lo que importa es su valor intrínseco, que está presente, ya que, por más que sea llano, es claramente indicativo del porqué del merecimiento

Como sencillamente puede comprenderse, la prueba pericial acordada por la Sala o mantendría la conclusión ya obtenida, esto es, reafirmaría el acto administrativo, lo que era tan innecesario como real ha resultado, o conduciría al fracaso de la apelación sobre la base de una prueba tan ilegal como sorpresiva había sido la decisión de practicarla sin previa consulta.

Dicho todo lo anterior y como no debo hacer comentario cualquiera sobre la opinión que pudieran merecerme las explicaciones obrantes en el dictamen emitido para cumplimentar la prueba pericial practicada por decisión de la Sala, me resta resumir lo más brevemente posible por qué considero que la prueba pericial encargada -y aportada- por la entidad demandante no debería haber vencido en el Juzgado la sólida resistencia que ofrecía la base de la decisión administrativa, es decir, el conjunto de la carga argumental del Colegio de Arquitectos, el concluyente dictamen de la UIB y los categóricos informes de los servicios técnicos de la Administración actuante.

En primer lugar, hay que recordar que, a diferencia de los particulares, que pueden realizar todo lo que la Ley no prohíbe, la Administración sólo puede ejecutar aquello a lo que la Ley le autorice.

Por lo tanto, la Administración no tiene absoluta libertad para actuar, sino que sólo podrá hacerlo cuando haya un precepto que prevea su actuación frente a situaciones determinadas.

En tales casos, la Administración no sólo tiene posibilidad de actuar sino que ha de actuar de forma imperativa, siendo en lo que consiste la potestad-deber, que es a la vez un derecho y un deber.

En el caso del edificio GESA, el Consell Insular de Mallorca ha nutrido el juicio técnico formulado con el soporte ya explicado, que presupone y condiciona el sentido de la decisión adoptada.

Se trata de un juicio técnico tan llano como terminante, fruto de los informes que la Administración hubo de solicitar en el curso del procedimiento seguido y demostrativos de la concurrencia de los valores a los que se apareja el resultado concreto.

Como es natural, siendo favorables los informes en el caso del edificio GESA, la Administración debía decidir su protección.

Y puestas así las cosas, debidamente justificado, pues, el valor sobresaliente de ese edificio, su protección es tan justa como inoperante o insuficiente es para

desvirtuarla la opinión técnica emitida por encargo de quien mantiene una discrepancia legítima -y sobre todo interesada- con esa decisión de proteger.

Por lo tanto, la Sala debería haber resuelto el recurso de apelación interpuesto por Josel, SA, contra la sentencia del Juzgado nº 1 desestimándolo, pero no cómo lo ha desestimado, es decir, precedido -y sustentado- por el resultado de una prueba pericial ilegal.

En Palma de Mallorca, a 15 de abril de 2014.

Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante el **CONSELL INSULAR DE MALLORCA**, representado y asistido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, siendo parte apelada la entidad "**JOSEL S.L.**", representada por la Procuradora D^a María Ortiz Peñalver y defendida por el Letrado D. Lluís Saura Lluvià, la Administración de la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LES ILLES BALEARS** representada y defendida por la Abogada de la CAIB, habiéndose personado la **ASOCIACIÓN DE HOTELEROS DE PALMA**, representada por la Procuradora D^a Matilde Segura Seguí y defendida por el Letrado D. Juan Oliver Marroig, y la sociedad "**ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.**", representada por el Procurador D. Frederic Xavier Ruiz Galmés y asistida por el Letrado D. Miguel Coll López.

Constituye el objeto del recurso el acuerdo dictado por el Pleno del Consell Insular de Mallorca en fecha 2 de abril de 2007, de declaración de Bien Catalogado a favor del edificio central de GESA, situado en la Calle Joan Maragall número 16 de Palma de Mallorca (BOIB nº 80, de 29 de mayo de 2007).

La Sentencia nº 68/2012, de 16 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, estimó el recurso contencioso administrativo.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Sentencia Nº 68/2012, de fecha 16 de febrero, dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

"Que ESTIMANDO el recurso interpuesto por la Procuradora D^a. María Ortiz Peñalver, en nombre y representación de la entidad mercantil JOSEL, S.L., se anula el Acuerdo del Pleno del Consell de Mallorca de 2 de abril de 2007 de declaración de Bien Catalogado a favor del edificio central de GESA, situado en la calle Joan Maragall número 16 de Palma por no ser ajustado a Derecho, sin realizar pronunciamiento condenatorio sobre costas procesales."