

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### **Un freno judicial a la voracidad urbanística de nuestro tiempo: el caso “Cerro de San Bartolomé” o el triunfo de la conservación sobre el desarrollo\***

*Hugo Santos Gil*

Universidad de Sevilla

*“¿Qué destino aguarda a estas nobles arquitecturas, expresión tangible y bellísima de una época arrasada, desfasada, por el nuevo espíritu de los años? (...) Algo confuso, muy íntimo, nos entristece y acongoja. Es la certidumbre de nuestra ineficacia contra lo irremediable. La muerte acostumbramos a considerarla sólo en las personas. Mueren todas las cosas. Aquel templo en ruinas, aquel palacio mudo, aquel portalón cerrado, aquellos arcos sin luz, aquella cornisa y moldurajes alabeados, vencidos por la pesadumbre de los tiempos... También mueren las ciudades”.*

Joaquín Romero Murube: *Los cielos que perdimos* (1964)

---

\* El presente comentario, que ahora publicamos actualizado y completado, se redactó inicialmente con ocasión del trabajo de investigación titulado *En torno al urbanismo protector. Reflexiones sobre el régimen jurídico de los Catálogos urbanísticos y la protección del patrimonio cultural*, desarrollado en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla gracias al disfrute de una beca de formación de personal docente e investigador concedida por la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en el marco del III Plan Andaluz de Investigación. El trabajo, dirigido por el profesor Dr. D. José Luis Rivero Ysern, fue presentado por el autor en septiembre de 2004 para superar el período de investigación del Programa de Doctorado en Derecho Público de la referida Universidad y obtener, en consecuencia, el Diploma de Estudios Avanzados que contempla la normativa reguladora del Tercer Ciclo de los Estudios Universitarios (Real Decreto 778/1998, de 30 de abril, y Normativa específica aprobada por la Junta de Gobierno de la Universidad de Sevilla el 16 de marzo de 2000).

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA RAÍZ DEL CONFLICTO: CONSERVACIÓN *VERSUS* DESARROLLO, HISTORIA FRENTE A PLAN. III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO: EL VALOR DE LA “MEMORIA VINCULANTE” COMO ELEMENTO MODERADOR DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA “ÚNICA SOLUCIÓN COHERENTE”. IV. LA NECESARIA BÚSQUEDA DE EQUILIBRIO EN LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA: DE LA APARENTE COLISIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 46 Y 47 DE LA CONSTITUCIÓN A LA JUSTA PONDERACIÓN ENTRE DOS PRINCIPIOS DE IDÉNTICO VALOR JURÍDICO. V. REFLEXIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

En el año 1994, el Ayuntamiento de San Sebastián, aprovechando la revisión del Plan General de Ordenación Urbana del municipio, decidió acometer una importante actuación consistente en el derribo del Cerro de San Bartolomé, destacado enclave histórico situado en el centro de Donostia, frente al mar, en una de las estribaciones del monte Aiete. El proyecto preveía la demolición de todos los edificios allí existentes (entre otros, una antigua Casa de Baños y el Convento-Colegio de San Bartolomé, regido por la Compañía de María), la explanación de la colina y el desmonte del muro de contención construido en 1914 para permitir el ensanche de la calle Easo, una de las principales vías de comunicación de la ciudad; todo ello con la finalidad de regenerar y rehabilitar el barrio viejo de Amara. El enorme solar resultante, con una extensión superficial superior a los cincuenta mil metros cuadrados, se destinaría a la construcción de medio millar de viviendas, novecientas plazas de aparcamiento, diversos equipamientos públicos y centros comerciales, propiciando la creación en total de 68.200 metros cuadrados edificables<sup>1</sup>.

La aprobación de tan ambicioso proyecto, propuesto por una promotora inmobiliaria y consensuado mediante los oportunos convenios urbanísticos con los propietarios de los edificios enclavados en el Cerro, dividió por mitad a los donostiarra, apoyando unos la actuación por su carácter beneficioso para el crecimiento y mejora de la ciudad, y rechazándola otros por estimar que se trataba de una operación especulativa impulsada exclusivamente por intereses inmobiliarios, amén de suponer un atentado contra la memoria históri-

---

<sup>1</sup> Sobre el Cerro de San Bartolomé, vid. MUÑOZ ECHABEGUREN, F.: “¿Derribo o permanencia? Historia del Cerro de San Bartolomé”, en *Boletín de Estudios Históricos sobre San Sebastián*, vol. 32, 1998, pp. 659-722.

ca debido a la relevancia del Cerro como “testigo y protagonista de la historia de la ciudad desde su fundación”<sup>2</sup>.

Los oponentes llegaron, incluso, a constituir una plataforma cívica para la defensa del Cerro de San Bartolomé, integrándose en ella un amplio colectivo de personalidades, arquitectos, artistas, catedráticos, etc., entre los que se encontraba, por ejemplo, el desaparecido escultor vasco Eduardo Chillida.

Con fecha 16 de noviembre de 1995, la Diputación Foral de Guipúzcoa aprobó definitivamente el nuevo Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, incluyendo éste la proyectada transformación del Cerro de San Bartolomé, que había sido avalada, previamente, por acuerdo del Pleno municipal en la sesión celebrada el día 28 de marzo de 1994.

La aprobación definitiva del Plan General dio pie a que la oposición ciudadana fraguada durante los años de gestación del polémico proyecto cristalizara en la interposición de sendos recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), resueltos mediante sentencias de 27 de septiembre y 15 de octubre de 2001, respectivamente, las cuales, tras los correspondientes recursos de casación, han sido confirmadas por el Tribunal Supremo (TS) en virtud de dos sentencias de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo dictadas el 27 de abril de 2004<sup>3</sup>.

## II. LA RAÍZ DEL CONFLICTO: CONSERVACIÓN *VERSUS* DESARROLLO, HISTORIA FRENTE A PLAN

Los recurrentes ante el TSJPV fundaron su impugnación en argumentos similares, acudiendo a la justicia administrativa para “defender que el Cerro de San Bartolomé y sus elementos constructivos más importantes merecen la consideración de bienes de interés histórico, artístico, urbanístico y de paisaje histórico, constituyendo un conjunto monumental y un espacio cultural de la ciudad”<sup>4</sup>. Y, sobre la base de esta alegación fundamental, demandaban del Tribunal:

---

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Al respecto, véanse las extensas informaciones publicadas por “El Diario Vasco” (<http://www.diariovasco.com>) los días 6 y 7 de julio de 2004, una vez conocida la confirmación de las sentencias de instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS.

<sup>4</sup> La cita procede del primer fundamento de derecho de la STSJPV (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27 de septiembre de 2001 (ponente: Martín Corredera). La sentencia del mis-

a) La anulación parcial del acuerdo de aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, de forma que quedaran sin efecto las determinaciones relativas al Área de Intervención Urbanística “San Bartolomé”.

b) La inclusión del Cerro de San Bartolomé y de sus construcciones más emblemáticas (el Convento-Colegio de San Bartolomé, la Casa de Baños y el Muro) en el Catálogo del Patrimonio Urbanístico del referido Plan General.

En síntesis, la demanda tenía como punto central de su razonamiento la afirmación de que el Cerro de San Bartolomé y sus edificios principales “*forman parte del patrimonio histórico-artístico de la ciudad de Donostia-San Sebastián, por lo que el Plan General de Ordenación Urbana debe ser anulado en cuanto que no les reconoce este carácter*”. Añadían los recurrentes que el Cerro, por su uso y emplazamiento estratégico en el centro de la ciudad, y también por su historia, “*constituye la más señera de sus colinas, un patrimonio urbanístico del máximo interés, plenamente incorporado al conjunto decimonónico, ejemplo del equilibrio que existe en Donostia entre lo artificial construido y la naturaleza*”. Concluían, por todo ello, que se trata de “*un bien cultural que atesora decisivos capítulos de la historia de la ciudad en el que se han producido los hechos más importantes de aquellos que tienen constancia escrita de la historia política, social, militar, cultural y sepulcral de la ciudad*”.

Frente a ello, las entidades recurridas (el Ayuntamiento, una orden religiosa, titular del Convento-Colegio, y la promotora inmobiliaria, amén de la propia Diputación Foral, que luego recurrirían en casación ante el TS) mantuvieron en sus respectivas contestaciones, con argumentos idénticos, que la ordenación prevista por el planeamiento para la colina de San Bartolomé era ajustada a Derecho porque los edificios y elementos allí existentes carecían del valor e interés atribuido por los recurrentes y porque, en cualquier caso, aun admitiendo que podrían haberse catalogado parcialmente, la nueva ordenación diseñada por el Plan General, en cuanto objetivo de mayor alcance, debía prevalecer sobre la protección por los numerosos beneficios que la misma habría de reportar al futuro de la ciudad<sup>5</sup>.

---

mo Tribunal de fecha 15 de octubre de 2001 (ponente: Garrido Bengoechea) figura en el Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Contencioso-Administrativa con el marginal 2002\523. En estas páginas, aludiremos exclusivamente a la primera de dichas resoluciones, dado que la segunda reproduce literalmente los términos de aquélla, por tratarse de dos recursos diferentes pero con identidad de razón y fundamentos. En cuanto a las SSTs de 27 de abril de 2004 (ponente: Peces Morate), se pueden encontrar en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi con los marginales 5438 y 5439 del referido año.

<sup>5</sup> En sus alegaciones, la parte recurrida esgrimía a su favor que, para el equipo redactor del Plan General municipal, “*el Cerro, en la actualidad, no es ningún elemento relevante de la estructura ur-*

Sin entrar ahora en todos los pormenores del asunto, lo cierto es que el Tribunal, tras realizar un exhaustivo repaso por la historia del Cerro y enjuiciar la actuación de la Administración concluyó que procedía estimar los recursos interpuestos, anulando parcialmente el Plan General de San Sebastián y ordenando la inclusión en su Catálogo de la parte del Cerro de San Bartolomé que da soporte al Convento-Colegio, a la Casa de Baños y al Muro<sup>6</sup>.

### III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO: EL VALOR DE LA “MEMORIA VINCULANTE” COMO ELEMENTO MODERADOR DE LA DISCRETIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA “ÚNICA SOLUCIÓN COHERENTE”

¿Cuál fue el razonamiento del TSJPV para llegar a tal resolución, que viene a dar un espaldarazo nada desdeñable a la tendencia actual de conservación del patrimonio arquitectónico mediante técnicas urbanísticas, subrayando, en consecuencia, la función o dimensión protectora del urbanismo?

En primer término, la sentencia –luego confirmada en casación– recuerda que, en materia de catalogación de bienes, “*cobran especial relevancia las apreciaciones técnicas, o los conocimientos especializados, que operan en la base de la previa*

---

*bana de San Sebastián*”, tratándose más bien de “*un vacío en el territorio urbano prácticamente inaccesible en la actividad habitual de los ciudadanos*” y constituyendo, en definitiva, un obstáculo para el desarrollo de la ciudad por ese extremo y un impedimento para la integración del barrio de Amara en el centro urbano. Respecto al muro de contención, se reconocía por los redactores del Plan “*su singularidad estética y paisajística*”, así como “*la riqueza de las texturas que lo recubren*”, aunque se proponía su eliminación, al provocar “*negativas e incómodas condiciones ambientales de humedad, inadecuado soleamiento, y ser percibido por un elevado porcentaje de ciudadanos como un elemento negativo y agresivo*” (tercer fundamento de derecho de la STSJPV de 27 de septiembre de 2001). El Ayuntamiento, en las alegaciones formuladas en vía casacional, terminaba incidiendo en las ventajas que ofrecía la ordenación urbanística prevista para el sector, debiendo a su juicio pesar más que las ansias de protección “*la posibilidad de construir 432 viviendas cuando existe necesidad de ampliar la oferta para abaratar los altísimos precios que tienen, mejorar el saneamiento de espacios urbanos degradados y reordenar un ámbito con graves carencias viarias y de conformación de la trama urbana*”.

<sup>6</sup> El fallo fue aclarado mediante auto de 25 de octubre de 2001, el cual precisó que la protección dispensada por la catalogación inicialmente ordenada por la sentencia se extendía, no sólo al Cerro en cuanto soporte de las construcciones allí existentes, sino también –como era lógico– al Convento-Colegio de San Bartolomé, al Muro y a la Casa de Baños, procediendo incluir, pues, en el Catálogo, además del propio Cerro como conjunto o espacio, cada uno de los concretos elementos enumerados.

decisión adoptada desde el Plan sobre los criterios generales que determinan si un determinado elemento ha de ser incorporado al Catálogo y el grado de la protección”. Por ello, la Sala se cuida de recalcar que “no parece adecuado presentar como realidades objetivas lo que son estimaciones u opiniones”, en alusión a los juicios de valor vertidos por las partes contendientes en sus respectivos escritos y alegaciones para justificar la presencia o no de valores dignos de preservación en los elementos en cuestión.

Seguidamente, en el frontispicio de su argumentación, el Tribunal sitúa el artículo 46 de la Constitución, afirmando su vinculación con el derecho social a la cultura (artículo 44 de la Norma Fundamental), “en el que se inscribe el deber de conservar el patrimonio cultural, acrecentarlo y transmitirlo a las generaciones futuras”. Un mandato que, como dirá más adelante la propia sentencia que comentamos<sup>7</sup>, vincula y alcanza también a los municipios, “cuya competencia se extiende al patrimonio histórico-artístico (art. 25.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local), que actúan esa competencia a través de los Catálogos y Planes especiales (arts. 12 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 86 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico)”.

Sentado, pues, por imperativo constitucional el principio de interpretación más favorable a la conservación (*pro monumento*)<sup>8</sup>, el tercer elemento que subraya el Tribunal es la relevancia que, para resolver la cuestión planteada, adquiere la memoria del Catálogo urbanístico complementario del Plan General, en cuanto documento que exterioriza y motiva las razones que justifican

---

<sup>7</sup> En el quinto fundamento de derecho, se profundiza y abunda en esta cuestión, dando respuesta el Tribunal a una de las alegaciones formuladas por los recurridos, quienes negaban el deber de conservar el Cerro y sus edificios porque la Administración autonómica había rechazado en su día la declaración de los mismos como monumentos al amparo de la normativa reguladora del patrimonio histórico. Frente a tal aseveración, la sentencia deja claro que “carece de relevancia la circunstancia de que el conjunto no mereciera el otorgamiento de las protecciones previstas en la Ley 7/1990, de Patrimonio Cultural del País Vasco”, entre otras razones porque –y este pronunciamiento en sí mismo es decisivo– “la misión de garantizar la conservación del patrimonio histórico-artístico y cultural no queda reducida a las categorías contempladas en la Ley de Patrimonio, esto es, a los conjuntos monumentales y a los espacios culturales vinculados a formas relevantes de la expresión de la cultura y modos de vida del pueblo vasco, sobre los que despliega su competencia la Comunidad Autónoma (art. 148.1.16ª de la Constitución y art. 10.1.19ª del Estatuto de Autonomía)”.

<sup>8</sup> Al final del fundamento de derecho antes citado, recordará la Sala sentenciadora que existe otro argumento *a fortiori* favorable a la conservación, “y es que en esta materia rige el criterio de interpretación más favorable a la conservación para impedir o demoler obras que pudieran producir daño al legado histórico, artístico y cultural”.

las determinaciones incluidas en el propio Catálogo, recordando a estos efectos la reiterada doctrina jurisprudencial acerca del carácter vinculante de la memoria de los planes urbanísticos<sup>9</sup>.

Llegados a este punto, la sentencia analiza el contenido de dicha memoria en el caso concreto, recalcando que la misma asume “*criterios respetuosos con la conservación, alcanzando la protección incluso a aquellos elementos naturales y contruidos que, aun no poseyendo un valor intrínseco singularizado y relevante, resultan de un modo u otro irrepitibles, constituyen partes fundamentales que identifican y singularizan el paisaje urbano o natural del municipio, o poseen valores ciertos de carácter cultural, de uso, económicos desde una perspectiva a largo plazo, ecológicos, para el conjunto de la población*”. Protección, en suma, por la que también apuesta el planificador para aquellos elementos que, desde una perspectiva local, “*adquieren una importancia fundamental como parte de la imagen urbana y de la memoria histórica y del territorio*”.

Partiendo de estas premisas, el núcleo central de la argumentación del Tribunal derivará hacia un problema de indudable trascendencia en el ámbito urbanístico: el control de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad de planeamiento<sup>10</sup>. Pues, en efecto, una vez establecidos por el planificador en la “memoria vinculante” los criterios o principios inspiradores de la catalogación, “*las concretas catalogaciones han de resultar coherentes con la decisión inicial, que opera como límite*”.

---

<sup>9</sup> Vid., sobre este particular, las consideraciones de DELGADO BARRIO, J.: *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Cívitas, Madrid, 1993, pp. 41-48 y 53-55. También, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: *El control del planeamiento urbanístico*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 68-81.

<sup>10</sup> En los recursos de casación ante el TS, las entidades recurrentes basaron su oposición a las sentencias de instancia, entre otros motivos, en el carácter discrecional de la potestad de planeamiento urbanístico, insistiendo en que, según una doctrina jurisprudencial reiterada, la Administración goza de un amplísimo margen de discrecionalidad para adoptar el modelo o estructura territorial, no pudiendo los Tribunales arrogarse funciones planificadoras que no les conciernen y debiendo limitarse su misión a comprobar si la decisión administrativa es racional y razonable y, por lo tanto, no arbitraria. Añadían, finalmente, que la sentencia impugnada “*no se atiene a los límites impuestos por la doctrina jurisprudencial, ya que tales determinaciones [las anuladas por el fallo] son absolutamente coherentes con la realidad de los hechos y no puede decirse que sean arbitrarias, puesto que están debidamente justificadas en el expediente de aprobación del Plan General*”. Frente a ello, el TS, en las sentencias de 27 de abril de 2004, declarará que, en su pronunciamiento, “*el Tribunal se cuida de dejar a salvo la potestad de la Corporación municipal para establecer las determinaciones urbanísticas de protección de lo catalogado y para ordenar urbanísticamente el área*”.

Dicho en otros términos: la discrecionalidad opera en el momento de establecer los criterios generales de la catalogación<sup>11</sup>, pero no en la actividad posterior que se encamina a concretar, caso por caso, los elementos que deben ser incluidos en el Catálogo<sup>12</sup>. Si la Administración apuesta por criterios y postulados conservacionistas –y hay que recordar a este respecto el mandato que contiene el artículo 46 de la Constitución–, no cabe ignorarlos luego a la hora de ponerlos en práctica mediante la selección de los elementos a proteger<sup>13</sup>. De aquí deducirá el Tribunal que “*los criterios de catalogación son reglas en sentido estricto y no meras directrices o recomendaciones*”<sup>14</sup>, por lo que, una vez elegidos (momento inicial en el que sí opera la discrecionalidad, aunque sin desconocer el principio constitucional favorable a la conservación), tales criterios, previamente establecidos, vinculan desde ese momento a la Administración, que debe actuar con coherencia y proceder inexcusablemente a la catalogación si un determinado elemento se acomoda a aquéllos. Resultará, por

---

<sup>11</sup> Sobre los límites de la discrecionalidad administrativa al elegir los criterios de catalogación, vid. *infra* y, en especial, la nota 34.

<sup>12</sup> De donde resulta que “*en el momento de la decisión de incluir o no un elemento en el Catálogo no puede argüirse dicho principio [el de discrecionalidad] con total virtualidad, lo que permitiría a la Administración elegir cualquier solución*” (sexto fundamento de derecho de la STSJPV de 27 de septiembre de 2001).

<sup>13</sup> Al enjuiciar el asunto, el TS ha señalado que la Sala de instancia actuó correctamente al justificar su decisión en que “*es la propia Administración la que ha establecido los criterios generales de protección, que son predicables de esos elementos, de manera que ella misma ha fijado cortapisas a la nueva ordenación, que no puede olvidar al intervenir en el área donde se asientan los mismos y que, según sus propias apreciaciones, resultan dignos de conservarse*”, de forma que “*ha sido la Administración urbanística quien ha escogido un determinado modelo favorable a su conservación frente a la desaparición que acarrearía la nueva ordenación aprobada, limitándose, por consiguiente, el Tribunal sentenciador a corregir la incoherencia de las Administraciones demandadas, quienes, ante supuestos idénticos, actúan de forma desigual*”. Se invoca, pues, la conocida doctrina de los “actos propios” (*venire contra factum proprium*), a tenor de la cual la existencia de una previa decisión administrativa proclive a la conservación (como se declaraba en la memoria del Catálogo) vincula a los actos posteriores de esa misma Administración (en nuestro caso, la catalogación de los elementos concretos que, como sabemos, debe hacerse sin ir contra esos criterios o principios inspiradores que se erigen en límite –puesto y querido por la propia Administración– de la potestad de planeamiento).

<sup>14</sup> Afirma, en análogo sentido, el TS al resolver los recursos de casación: “*La existencia de unos elementos urbanos que, con arreglo a sus propios criterios generales de conservación, merecerían conservarse, deben desaparecer para ejecutar la nueva ordenación del suelo, con lo que esos criterios conservacionistas quedan preteridos en esa zona de la ciudad sin otra justificación que la apuntada, de la que no se deduce prevalencia alguna frente al prefijado criterio conservacionista, que hay que suponer razonablemente establecido y no por hueria retórica*”.



tanto, que a la hora de decidir si procede o no la catalogación, la discrecionalidad inicial se habrá reducido a cero, porque al planificador sólo le quedará una decisión posible: catalogar, y solo catalogar, si en el bien de que se trate concurren esos valores singulares que se han señalado como dignos de preservación en la memoria del Catálogo<sup>15</sup>. Parafraseando a la STS de 24 de octubre de 1990, “*el propio Plan, si se decide a redactar la lista de edificios a conservar, deberá seguir los criterios generales que él mismo ha elegido*”<sup>16</sup>.

Con estos mimbres, el Tribunal realiza un juicio de contraste entre la decisión adoptada por el planificador (no proteger el Cerro de San Bartolomé y optar por su derribo y transformación) y la que denomina “*única solución coherente*”<sup>17</sup> a la luz de los criterios y principios inspiradores incluidos en la me-

---

<sup>15</sup> Algo similar había declarado el TS en su sentencia de 16 de junio de 1993 (ponente: Esteban Álamo), al recordar, también a propósito de un conflicto urbanístico, que los “*conceptos legales indeterminados*” tienen una “*indudable naturaleza reglada, lo que excluye toda discrecionalidad*”, de forma que “*la aplicación de los conceptos indeterminados a la calificación de circunstancias reales específicas sólo admite una única solución justa: o concurre o no concurre el concepto*”.

<sup>16</sup> En la STS de 24 de octubre de 1990, relativa al Plan General de Ordenación Urbana de Palamós, el fallo fue contrario a la conservación del inmueble en liza, como pretendía la Administración, al estimar la Sala que “*el edificio en cuestión no reviste características que permitan su subsunción en los criterios generales que según el propio plan determinan una protección especial, o que demanden su conservación en atención a su significación diferenciadora*”. Vid., al respecto, DELGADO BARRIO, J.: op. cit., pp. 113-114.

<sup>17</sup> Y precisamente por ser la “*única solución*” que le quedaba a la Administración, el fallo del Tribunal ordenando la catalogación del Cerro y de sus edificios no entraña vulneración alguna del artículo 71.2 de la LJCA, ni implica –como pretendían los recurrentes en casación– exceso en el ejercicio de la jurisdicción por haberse determinado en la parte dispositiva de la sentencia la forma en la que han de ser protegidos el Cerro de San Bartolomé y los elementos que lo integran. Así lo afirma expresamente el TS en las sentencias de 27 de abril de 2004: “*Si el pleito, como ahora sucede, versa sobre la disconformidad a derecho del Plan General de Ordenación Urbana por no otorgar protección alguna al Cerro de San Bartolomé, a los edificios que lo coronan y al muro de revestimiento que lo rodea, no basta, para satisfacer la pretensión ejercitada, con anular parcialmente el acuerdo aprobatorio del Plan General dejando sin efecto las normas que autorizan su demolición y desaparición, sino que es necesario acordar, pues sobre ello ha versado el juicio, que se les incluya en el Catálogo del patrimonio histórico y arquitectónico de la ciudad, en evitación precisamente de que la sentencia pueda incumplirse mediante cualquier subterfugio basado en las potestades discrecionales de la Administración urbanística, ya que las sentencias se dictan para ejecutarse y por ello debe velar el juzgador que las pronuncia*” (segundo fundamento de derecho). En consecuencia, viene a decir el TS, la orden dada al planificador municipal de modificar el Catálogo para incluir en él los elementos declarados protegibles no sólo no vulnera los límites del ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino que –antes al contrario– es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de las normas contenidas en los artículos 117.3 y 118 de la Constitución, máxime cuando –además– el Tribunal de instancia se cuidó de dejar a salvo la for-

moria del Catálogo (dispensar tal protección al Cerro y a sus construcciones emblemáticas mediante su inclusión en el referido Catálogo). Para efectuar ese contraste entre ambas decisiones, la sentencia se basa en informes técnicos, porque *“los criterios técnicos cobran especial énfasis en esta materia, que en ningún caso puede estar sujeta a la pura discrecionalidad administrativa”*. Y así, recurre a un dictamen emitido por el Consejo Asesor del Patrimonio Arquitectónico y Monumental de Euskadi en el expediente tramitado para la frustrada declaración del Cerro y de sus edificios como bienes culturales calificados al amparo de la normativa protectora del patrimonio histórico-artístico. De dicho informe, el Tribunal destacará que, pese a haberse denegado su inclusión en la máxima categoría de protección prevista por la legislación sectorial autonómica<sup>18</sup>, en opinión del máximo órgano consultivo en materia de patrimonio cultural del País Vasco, el Cerro de San Bartolomé puede considerarse como un *“elemento cultural relevante”*, que además *“es la imagen y una parte de la historia de Donostia”*, por lo que *“la intervención urbanística que el Plan General plantea en el Cerro de San Bartolomé es importante, pues va a cambiar la fisonomía y la imagen de*

---

ma en que la Administración competente habría de ejecutar ese fallo, redactando a tal efecto las determinaciones necesarias para lograr la protección de lo catalogado y ordenar de nuevo el área en la que tales elementos protegibles se ubican. El Tribunal, por tanto, no se extralimita, sino que, ante una actuación administrativa que es contraria al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ordena al planificador que sea coherente con los criterios que él mismo ha predeterminado, pues, de lo contrario, *“si los valores históricos y culturales pueden sacrificarse en aras de una ordenación incompatible con su conservación, se vaciaría de contenido el deber de conservación”* (SSTS de 27 de abril de 2004, quinto fundamento de derecho *in fine*). Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: *op cit*, pp. 449-455.

<sup>18</sup> Vid. al respecto las notas 7 y 22. El motivo fundamental para denegar la declaración de interés cultural del Cerro fue su vinculación exclusiva a la historia de la ciudad de San Sebastián, lo que, a juicio de la Consejería de Cultura, le otorga una relevancia limitada sólo a ese ámbito, que no permite su consideración como espacio cultural calificado, ya que *“cuando la Ley de Patrimonio del País Vasco aborda la cuestión de la monumentalidad de los lugares establece expresamente que sólo estaban bajo protección aquellos lugares vinculados a formas relevantes de la expresión de la cultura y modos de vida del pueblo vasco, requisito que no concurría en los elementos analizados porque esa conexión se produciría respecto de la ciudad”*. De esta denegación dedujo el Ayuntamiento la innecesariedad de catalogar el Cerro y sus edificios, bajo el pretexto de que, teniendo en cuenta la decisión de la Administración cultural autonómica, debía primar la nueva ordenación prevista por el Plan. De este razonamiento, incorporado a sus alegaciones, se derivan dos consecuencias, expresamente rechazadas por las sentencias que venimos comentando: a) que el Catálogo urbanístico sea un instrumento ideado para incluir únicamente elementos respecto de los cuales la Administración haya decidido su formal incorporación a alguna de las categorías previstas por la legislación protectora del patrimonio histórico; y b) que las exigencias de protección deban quedar proscritas si los bienes no son formalmente declarados de interés cultural, prevaleciendo entonces otros objetivos de mayor alcance, como en este caso pretendía ser el desmonte del Cerro para posibilitar el desarrollo urbanístico de la zona (cfr. los fundamentos de derecho cuarto *in fine* y sexto de la STSJPV de 27 de septiembre de 2001).

la ciudad”, tratándose en consecuencia de “una decisión histórica, de tal magnitud para el futuro de Donostia que va a borrar uno de los capítulos más relevantes de su historia”, con la consiguiente ruptura de la “memoria ciudadana”<sup>19</sup>.

Así las cosas, el resultado lógico del razonamiento del Tribunal resulta ya diáfano y exento de dificultades: “Al poner en relación el contenido del informe del Consejo Asesor con los criterios de catalogación, se evidencia un decalaje de las premisas con la conclusión de no incluir los bienes en el Catálogo, pues la única solución coherente habría sido la de predicar que los elementos objeto de nuestro examen contribuyen a configurar la imagen urbana y la memoria histórica de la ciudad, lo que arrastraría la exigencia de incluirlos en el Catálogo”. Es esa incoherencia<sup>20</sup>, proscriba por el juego conjunto de los artículos 9.3 (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y 103.1 CE (principios de la actuación administrativa)<sup>21</sup>, de la opción asumida por el planificador –dar prevalencia a la nueva ordenación

<sup>19</sup> Opinión ésta que, además, era avalada y suscrita expresamente por el propio equipo redactor del Plan General al contestar a las alegaciones formuladas en el período de información pública, lo que –como bien destaca el TS– no hace sino reforzar la tesis de la Sala de instancia al anular parcialmente el Plan y ordenar la catalogación (cfr. las SSTs de 27 de abril de 2004 en sus fundamentos de derecho cuarto y séptimo).

<sup>20</sup> Así lo expresa también el TS al confirmar la sentencia del Tribunal *a quo*: “Al no haberse incluido los elementos urbanísticos en cuestión en el Catálogo de bienes de interés histórico, cultural y arquitectónico a proteger, se ha producido una incoherencia entre las premisas y la conclusión”, de forma que el juzgador acierta plenamente al declarar que “la única solución lógica y razonable hubiese sido su inclusión en dicho Catálogo”. De donde cabe inferir, *sensu contrario*, que la Administración optó, en este caso, por una solución ilógica, irracional e incoherente, lo que supone un ejercicio desviado y arbitrario de la potestad de planeamiento urbanístico, como se verá en la nota que sigue. Sobre los precedentes del fallo que comentamos, vid. lo expuesto, a modo de cierre, en la nota 40.

<sup>21</sup> La STS de 2 de abril de 1991 (ponente: Delgado Barrio), relativa al Plan General de Ordenación Urbana de Tordera, contiene en su segundo fundamento de derecho una excelente síntesis sobre el control jurisdiccional del ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento. Tras recordar que la Administración no puede inventar o desfigurar los hechos, porque éstos son como la realidad los exterioriza (de ahí su calificación como “hechos determinantes”), concluye que “la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto, o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución) que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resultan justificadas”. Doctrina que, como vemos, es perfectamente aplicable al caso que comentamos, donde la decisión final del Tribunal se basó, según hemos podido constatar, en la incoherencia de la opción preferida por el planificador (el derribo), frente a la

frente a la protección del Cerro<sup>22</sup>– la que rechaza de plano el Tribunal, resolviendo finalmente que “*apreciada en los bienes a que se contrae el proceso la concurrencia de los valores y circunstancias que justifican la catalogación, debe llegarse a la conclusión de que debieron incluirse en el Catálogo del Plan General de Ordenación Urbana, que no es conforme a derecho en tanto no reconoció su interés desde el punto de vista cultural*”.

solución congruente con los criterios y principios inspiradores de la memoria, que hubiera sido –como el fallo finalmente declara– la conservación del Cerro. Decisión última que, a la postre, se atiene a la realidad de los “hechos determinantes”, que en este caso fueron valorados erróneamente por la Administración, actuando ésta de forma contraria “*a las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido*”, como dice la STS de 18 de julio de 1988 (ponente: Martín Martín), en la que se cuestionaba el “extraño” trazado de la calle Divina Pastora del municipio gerundense de Banyoles. A una conclusión similar llegan, en nuestro caso, las SSTS de 27 de abril de 2004, cuando expresan, ya al final de su razonamiento jurídico, que el Tribunal *a quo* no ha suplantado –como pretendían los recurrentes en vía casacional– la potestad atribuida a la Administración municipal, sino que “*se ha limitado a revisar el modo como se ha ejercido, llegando a la conclusión, basada en elementos probatorios concluyentes (informe pericial valorado con arreglo a la sana crítica), de que el Ayuntamiento, al decidir, no se ha ajustado a la realidad de los hechos, actuando, a la vez, de forma arbitraria y sin respetar los intereses generales por cuya protección debe velar*”. Pronunciamiento éste que, como puede apreciarse, resulta aún más duro y contundente que el dictado por el TSJPV al enjuiciar inicialmente el caso. En el mismo sentido, puede verse también la STS de 7 de abril de 1997, citada a su vez por las de 27 de abril de 2004 en su décimo fundamento de derecho. Vid., también, *infra*, nota 40, y TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: *op cit.*, pp. 443-455.

<sup>22</sup> Los codemandados llegaban a admitir en sus respectivos escritos la posibilidad de que el conjunto de la colina de San Bartolomé se hubiera incluido en el Catálogo, pero esgrimían como escollo insalvable para ello el hecho de que el Plan General previera una nueva ordenación, más beneficiosa para la zona, de forma que, al darse una contradicción radical entre la catalogación y lo deseado por el planeamiento, debía prevalecer la nueva ordenación, porque “*en presencia de otros objetivos de intervención de mayor alcance, el objetivo protector no prevalece salvo que se trate de bienes declarados de interés cultural*”. Por tanto, a la postre se pretendía amparar la demolición del Cerro y de todos sus elementos en el hecho de que éstos no resultaron agraciados con la protección dispensada por la Ley del Patrimonio Cultural Vasco (Ley 7/1990, de 3 de julio), a pesar de que se incoó el procedimiento necesario para ello. Sin embargo, como se ha visto, el TSJPV –como luego haría también el TS– rechaza de plano esa pretendida prevalencia y apuesta decididamente por la conservación, al considerar que la ordenación querida para la zona por el Plan General no era coherente con los criterios y principios inspiradores contenidos en la “memoria vinculante” del Catálogo. Y sin que fuera obstáculo para ello la circunstancia –irrelevante según la sentencia que comentamos– de que la Administración autonómica desestimara la inclusión del Cerro y de sus elementos en las categorías de protección previstas por la normativa sectorial, porque –y ésta es la conclusión que cabe extraer– tan patrimonio cultural es el amparado por dicha legislación como el que resulta protegido (o protegible) a través del planeamiento urbanístico municipal mediante los Catálogos y Planes especiales, dado el alcance “universal” del mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución, que vincula a todos los poderes públicos y que no introduce distinción alguna entre bienes más o menos relevantes desde el punto de vista cultural.

Hubo, además, otro argumento que manejó el Tribunal para fundamentar su decisión favorable a la estimación de los recursos: la analogía. En efecto, al examinar el contenido del Catálogo urbanístico del Plan General de Donostia-San Sebastián, la Sala comprobó que la mayor parte de los más de setecientos edificios incluidos en dicho instrumento eran coetáneos, o incluso posteriores en su cronología, a los ubicados sobre el Cerro de San Bartolomé, por lo que, también desde el punto de vista del criterio analógico, la decisión de la Administración resultaba incoherente: ante supuestos entre los que existía identidad de razón, la solución dada por el planificador había sido distinta y opuesta, optando por la conservación en casos incluso más cuestionables que el del enclave objeto de discusión. Junto a ello, la sentencia afirma más adelante que *“es difícil sustraerse a formular la cuestión relativa a la analogía en otros términos: si el Plan ha asignado una catalogación a un edificio por concurrir en él cualidades o valores similares o menores a los que son objeto de nuestro estudio, como desde luego ocurre, ¿sería posible resolver la pretensión con fundamento en que la Administración goza de discrecionalidad de valoración a la hora de decidir sobre su inclusión?”*. Interrogante al que, como hemos visto, responde en sentido negativo al tratar de la aplicación del principio de discrecionalidad en este ámbito<sup>23</sup>.

A modo de conclusión, y siguiendo esta misma línea argumental, el TS recalca en las sentencias de 27 de abril de 2004 que la razón de la decisión adoptada por la Sala *a quo* (es decir, la estimación de los recursos interpuestos, con anulación de las determinaciones del Plan relativas a la nueva ordenación del Cerro y el consiguiente deber de proceder a la inclusión de sus edificios en el Catálogo) *“no es otra que la de haberse llevado a cabo la ordenación del área en que se encuentra el Cerro de San Bartolomé con un criterio distinto al mantenido en otros supuestos, en que los elementos a conservar no tenían tantos méritos como aquellos para los que los demandantes reclaman protección, y a esa conclusión llega la Sala de instancia después de examinar las pruebas que aparecen en el expediente y en los autos, las que desautorizan la elección innovadora de la Corporación municipal, quien, al optar por la nueva ordenación, ha olvidado o eludido, sin suficiente justificación, sus propios criterios generales en orden a la protección de elementos relevantes para el patrimonio histórico, cultural, paisajístico y arquitectónico de la ciudad”*.

---

<sup>23</sup> Vid. el sexto fundamento de derecho de la misma sentencia.

#### IV. LA NECESARIA BÚSQUEDA DE EQUILIBRIO EN LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA: DE LA APARENTE COLISIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 46 Y 47 DE LA CONSTITUCIÓN A LA JUSTA PONDERACIÓN ENTRE DOS PRINCIPIOS DE IDÉNTICO VALOR JURÍDICO

Examinados los términos de aquella controversia, que finalmente se saldó con el triunfo de la protección sobre la ordenación innovadora, claro es que en el fondo de la misma latía una disyuntiva por lo demás común en el ámbito urbanístico cuando de intervenir sobre la ciudad existente se trata. Disyuntiva que, siguiendo a un autor estudioso de los avatares históricos del Cerro de San Bartolomé, se puede resumir con la siguiente pregunta: “¿*derribo o permanencia*?”<sup>24</sup>. Pues ésta es, en efecto, una cuestión trascendental ante la que habrá de situarse, con frecuencia, la Administración pública a la hora de ordenar urbanísticamente un ámbito territorial sobre el que la Historia, en su pausado y complejo devenir, haya dejado la impronta sucesiva de los acontecimientos más relevantes para la memoria colectiva de una ciudad.

¿Conservar o transformar? Evidentemente, como decían los clásicos, “*in medio virtus*”, la virtud está en el término medio, es decir, en lograr un adecuado equilibrio entre la ciudad existente y la ciudad ideada por el planeamiento. Pero la conciliación de ambas no siempre es tarea fácil ni clara. Porque los intereses resultan ser contrapuestos y porque, al final, suele ser necesario dar prevalencia a unos sobre otros<sup>25</sup>. ¿Qué hacer entonces? Tal era el conflicto que se planteaba con la nueva ordenación urbanística prevista para el donostiarra Cerro de San Bartolomé.

En efecto, la STSJ PV de 27 de septiembre de 2001 alude indirectamente a esta delicada cuestión (ciudad existente *versus* ciudad deseada,

---

<sup>24</sup> MUÑOZ ECHABEGUREN, F.: op. cit., *passim*.

<sup>25</sup> Cfr., a título de ejemplo, las SSTS de 27 de abril de 2004 en sus antecedentes de hecho undécimo y duodécimo, donde pueden verse las alegaciones del Ayuntamiento y de la Diputación Foral contrarias a la prevalencia del principio conservacionista amparada por el TSJPV. Alegaciones que, en síntesis, trataban de justificar la decisión contraria al mantenimiento del Cerro en el deber de atender las demandas y necesidades de los vecinos del barrio de Amara-Zaharra, mejorando la funcionalidad viaria y peatonal de la zona, así como en la urgencia de procurar el abaratamiento del precio de la vivienda en la zona mediante la creación de una amplia bolsa de suelo residencial en el área antes ocupada por el Cerro de San Bartolomé.

Historia frente a Plan, que no es más que un trasunto del conocido conflicto entre el “ser” y el “deber-ser”) en su quinto fundamento de derecho, cuando declara que *“sería un argumento falaz recurrir al carácter eviterno de las ciudades de modo que, como ninguna parte de la ciudad podría considerarse completa al estar sometida a los avatares de la historia, que introduce la dimensión temporal en la ciudad, aun de reconocerse la existencia de valores culturales, pueda saltarse sin más a decidir lisa y llanamente su sacrificio, estableciendo una ordenación incompatible con su conservación, pues, sencillamente, habríamos vaciado de contenido, hasta hacerlo irreconocible, el deber de conservación del patrimonio cultural”*.

Dicho de otro modo: el propio carácter histórico de la ciudad, que la hace ser esencialmente mudable y cambiante a lo largo del tiempo, no puede relativizar los valores culturales que en ella existan, pues de lo contrario nunca se podría conservar nada porque todo estaría sujeto al cambio y a esa constante transformación que determina el carácter siempre inacabado o incompleto de la ciudad. En tal caso, como afirma la sentencia, el deber de conservación del patrimonio cultural –entendido éste, una vez más, en sentido amplio, incluyendo los valores estéticos, arquitectónicos y ambientales que concurren en un momento dado– quedaría vacío de contenido, de forma que el mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución sería vano y carecería de eficacia.

Ya en vía casacional, la disyuntiva arriba apuntada se llegó a plantear ante el TS en términos puramente constitucionales, esto es, como aparente oposición o enfrentamiento entre los artículos 46 y 47 de la Norma Fundamental: conservación del patrimonio histórico, artístico y cultural *versus* ordenación de los usos del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. En efecto, entre sus alegaciones, la Diputación Foral de Guipúzcoa recordaba que *“el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, mediante resolución de fecha 4 de enero de 1996, acordó denegar la apertura de expediente para la catalogación o protección del Cerro de San Bartolomé como bien, resolución que no fue recurrida, por lo que, sin declaración alguna, es el municipio el que, si procede, debe conferir alguno de los niveles de protección al bien de que se trate, para lo que cuenta con plena autonomía, en uso de la que ponderó los intereses o valores enfrentados, decidiéndose por el que, conforme al artículo 47 de la Constitución, estimó más digno de protección para el interés general de regular la utilización del suelo que posibilitase la nueva ordenación urbanística de la zona”*. Se invocaba, pues, el principio de la autonomía local para dejar en manos del planificador la decisión de conferir protección o no al Cerro, una vez que la Administración autonómica descartó su calificación como bien cultural, sosteniendo que correspondía, en exclusiva, al Ayuntamien-

to optar discrecionalmente por el objetivo que estimara más adecuado para el interés general<sup>26</sup>.

A este planteamiento cabe responder que entre los dos preceptos constitucionales invocados no existe relación de jerarquía, sino que han de ser interpretados de forma sistemática y teleológica. Porque ambos se exigen y necesitan mutuamente: no puede haber ordenación del suelo respetuosa con el interés general sin cumplir el mandato contenido en el artículo 46. En otras palabras: la ordenación urbanística que desconozca la protección del patrimonio cultural como valor fundamental y principio inspirador de sus determinaciones no satisfará, en modo alguno, el interés general, entre otras razones porque ese interés, para ser tal, también demanda que se cumpla el mandato protector. Y porque la ordenación ajustada al interés general debe armonizar la protección patrimonial del artículo 46 con la utilización racional del suelo que exige el artículo 47.

Así lo afirman, con certera precisión, las SSTS de 27 de abril de 2004 cuando, tras recordar que “*no estamos ante un expediente de esa clase, de resolver la concurrencia de dos intereses públicos, rivales e incompatibles*”, concluyen: “*No puede existir contraposición entre los deberes impuestos a los poderes públicos por los artículos 46 y 47 de la Constitución, ya que la utilización del suelo de acuerdo con el interés general no puede estar reñida, sino todo lo contrario, con la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico municipal y de los bienes que lo integran*”<sup>27</sup>.

Queda, sin embargo, otra cuestión importante a la que conviene aludir en este punto: el problema de la descatalogación<sup>28</sup>. ¿Podría el Ayuntamiento

---

<sup>26</sup> En una de sus alegaciones, el Ayuntamiento defendía su potestad discrecional para establecer los criterios técnicos de catalogación, en aplicación de los cuales “*consideró que el Cerro no se ajustaba a los mismos, descartando, por ello, su protección*”. Vid. los fundamentos de derecho quinto y noveno *in fine* de las SSTS de 27 de abril de 2004, donde se aborda esta cuestión. Téngase en cuenta, además, lo expuesto *supra* sobre los límites y el control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Recientemente, Tomás Ramón FERNÁNDEZ (“La Administración y el patrimonio histórico inmobiliario”, en ALMAGRO-GORBEA, M. y PAU, A. (dirs.): *La protección jurídica del patrimonio inmobiliario histórico*, Fundación “Beneficencia et peritia iuris”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 249-268; en especial, pp. 266-267), aludiendo al caso del Cerro de San Bartolomé, ha señalado lo siguiente: “*Nada impediría, sin embargo, que la operación, en la que San Sebastián se juega sin duda su futuro, volviera a plantearse, una vez removido por el Ayuntamiento el obstáculo que esta vez la ha hecho fracasar descatalogando los edificios citados*”. A propósito de estas y otras reflexiones, vid. también lo expuesto *infra*, en la nota 37.



de San Sebastián modificar el planeamiento para sacar ahora del Catálogo los edificios del Cerro de San Bartolomé?<sup>29</sup> Aunque ni el TSJPV ni el TS aluden a esta hipótesis en sus respectivos pronunciamientos<sup>30</sup>, la respuesta tiene que

---

<sup>29</sup> Este problema, que, lejos de ser una mera hipótesis, ocurre en la práctica con más frecuencia de la que sería deseable, podría evitarse con el “blindaje” del Catálogo, esto es, garantizando su inmunidad frente a las modificaciones posteriores del planeamiento urbanístico, de forma que el plan posterior no pudiera afectar a los elementos previamente catalogados, asegurando así su conservación más allá de la concreta vigencia temporal del plan. Ello conduce, irremediamente, a la emancipación del Catálogo, que ya no sería un mero accesorio subordinado al plan general o especial, sino un instrumento dotado de autonomía y eficacia jurídica *per se*. Ésta es la novedosa regulación que ha introducido, en materia de catalogación urbanística, el artículo 72 del reciente Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias (Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril), continuando la senda emprendida por la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural de la misma Comunidad autónoma. Entre otros aspectos destacables del régimen de los Catálogos, dicho precepto, en su apartado tercero, establece lo siguiente: “*El Catálogo Urbanístico será vinculante para el planeamiento, que no podrá alterar la condición urbanística de los bienes, espacios o elementos en él incluidos*”. De esta forma, por si quedara alguna duda al respecto, la norma añade que, en caso de producirse alguna contradicción entre las determinaciones del Catálogo y las determinaciones del planeamiento, prevalecerán siempre las del Catálogo. Las consecuencias y los efectos de esta revolucionaria disposición son, como es fácil imaginar, enormes y, en cierto modo, hasta increíbles. ¿Qué quiere esto decir? En nuestra opinión, que, con la ley asturiana en la mano, los Catálogos urbanísticos no son ya aquellos modestos documentos complementarios desprovistos de carácter normativo y considerados, en muchos casos, como el “pariente pobre” del planeamiento. Antes al contrario, con esta nueva regulación el Catálogo asciende de categoría –por así decirlo– en el escalafón de los instrumentos de ordenación urbanística y se coloca en una posición preeminente, llegando a vincular y, por ello, a prevalecer, sobre el propio planeamiento al que en teoría desarrolla. El planeamiento posterior no podrá desconocer el contenido y las previsiones de un Catálogo, y si las contradice, el Catálogo impone su eficacia superior sobre el nuevo plan y, por ministerio de la ley, adquiere fuerza normativa hasta el punto de derogar el contenido que se oponga a sus determinaciones. Por tanto, si el nuevo instrumento de planeamiento pretende realizar, sobre una determinada parcela, una actuación que suponga menoscabo o destrucción de algún elemento catalogado con anterioridad, ello no resultará ya posible, porque el Catálogo impondrá su primacía sobre el Plan de que se trate, cualquiera que sea su clase. Las posibilidades de la norma son, como decíamos antes, increíbles y abren caminos hasta ahora inexplorados en una materia tradicionalmente poco regulada y, por ello, dejada al puro arbitrio –no a la discrecionalidad– de la Administración actuante. Sobre la normativa asturiana y las importantes novedades que introduce en este tema, vid. ALONSO IBÁÑEZ, M<sup>a</sup>. R.: “Los aspectos jurídicos de la actividad de catalogación protectora”, en ALONSO IBÁÑEZ, M<sup>a</sup>. R. (coord.): *Los catálogos urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Universidad de Oviedo (Ediuno), Oviedo, 2004, en especial, pp. 34-51.

<sup>30</sup> Pero el TS vislumbró esta posibilidad al confirmar en casación el fallo de instancia, recalando que, para satisfacer la pretensión ejercitada por los recurrentes y, en consecuencia, garantizar plenamente su derecho a la tutela judicial efectiva, no bastaba con anular el acuerdo aprobatorio del Plan General, dejando sin efecto las previsiones relativas a la desaparición del Cerro,

ser forzosamente negativa, porque la medida catalogadora viene impuesta por sendas sentencias que han de cumplirse en sus propios términos por imperativo del artículo 117 de la Constitución, en relación con su artículo 24, pues el derecho a obtener la tutela judicial efectiva comprende, como tiene declarado el TC, la plena ejecución de las resoluciones judiciales. Así lo recuerdan, también, las SSTs de 27 de abril de 2004, cuando afirman, quizás vislumbrando intenciones futuras de la Administración, que *“las sentencias se dictan para ejecutarse y por ello debe velar el juzgador que las pronuncia”*<sup>31</sup>.

Lo que sí cabría plantearse, a la luz del contenido de dichas sentencias, es la posibilidad de que, al modificarse el planeamiento, la Administración municipal cambiara de criterio y se “olvidara” de incluir en la correspondiente memoria esos postulados proclives a la conservación del patrimonio que han permitido dar la medida de la discrecionalidad en este caso. Precisamente, entre sus alegaciones al fallo de instancia, una de las entidades recurrentes apuntaba hacia esa posibilidad, argumentando que *“no existe impedimento alguno para cambiar los actuales criterios de catalogación y revisar el Catálogo para incluir o excluir los inmuebles conforme a esos nuevos criterios”*, pues *“la ley permite al Ayuntamiento modificar los criterios de catalogación”*. La propia Administración municipal se sumaba a esa postura, defendiendo su *“amplísimo margen de discrecionalidad para adoptar el modelo o estructura territorial”* que estimara más conveniente para el desarrollo y evolución de la ciudad<sup>32</sup>.

¿Sería posible, pues, una modificación en tales términos, esto es, evitando aludir al patrimonio histórico y a la exigencia de procurar su adecuada protección? Entendemos que tampoco, ya que, por encima de la discrecionalidad municipal a la hora de establecer los criterios de la planificación urbanística, ha de prevalecer el mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución, que vincula a todos los poderes públicos sin excepción. Hoy no se entendería, ni sería –creemos– jurídicamente admisible un planeamiento urbanístico que

---

*“sino que es necesario acordar que se les incluya en el Catálogo del Patrimonio histórico y arquitectónico de la ciudad en evitación precisamente de que la sentencia pueda incumplirse mediante cualquier subterfugio basado en las potestades discrecionales de la Administración urbanística”* (SSTs de 27 de abril de 2004, fundamento de derecho segundo).

<sup>31</sup> Vid. lo expuesto en las notas 17 y 30.

<sup>32</sup> Y, por ello, recalca que *“la determinación de los criterios generales definidores de la catalogación urbanística de los edificios a proteger es una potestad administrativa de carácter discrecional sólo sujeta a las limitaciones de observancia de la legalidad, racionalidad y respeto al interés público”*.

solayara el objetivo de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, artístico y cultural de los pueblos de España, en los términos desarrollados por la legislación estatal y autonómica, que a su vez deben completarse con la aplicación del principio “*pro monumento*”, alumbado por la jurisprudencia, según el cual, en la duda sobre si concurren o no valores dignos de protección en un determinado elemento de interés, ha de apostarse siempre por la conservación para evitar su pérdida, deterioro o destrucción y, con ello, el posible menoscabo de ese legado<sup>33</sup>. Como sostiene, nuevamente, la tantas veces citada STSJ PV de 27 de septiembre de 2001, “*la cultura de conservación del patrimonio cultural viene experimentando una evidente ampliación*”, de modo que ésta, y no otra, es “*la realidad social que debe inspirar la interpretación de las normas conforme al art. 3 del Código Civil*”, debiendo apostarse, en consecuencia, por una “*ampliación del concepto de patrimonio cultural*” que incluya, también, la “*geografía urbana*”<sup>34</sup>.

A esta tendencia no puede ser ajeno el urbanismo, que –en palabras del TS en una temprana y avezada sentencia– “*no recoge en su seno una sola valoración unidimensional, sino que son varios los que considera dignos de una protección especial, aunando los valores materiales y espirituales como son los históricos y los estéticos*”<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Vid. *supra* y, en particular, la nota 8. Esta conclusión, compartida como hemos visto por el TS, daba respuesta a otra de las alegaciones formuladas en vía casacional por una de las entidades recurrentes, rechazando que el principio de interpretación más favorable a la conservación carezca, como se pretendía, de “*todo fundamento legal y constitucional*” (vid. el noveno antecedente de hecho de las SSTS de 27 de abril de 2004).

<sup>34</sup> Las SSTS de 27 de abril de 2004 no se pronuncian expresamente sobre el problema aquí planteado, pero apuntan hacia esa posibilidad al sostener que “*no cabe duda de que la Administración hubiese podido elegir otros parámetros proteccionistas, pero siempre dentro del respeto a la realidad y mediante el empleo de criterios racionales para el mejor servicio de los intereses generales que debe amparar y proteger*” (octavo fundamento de derecho). Nótese, sin embargo, que el Tribunal alude a “*otros parámetros proteccionistas*”, con lo que parece avalar la reducción de la discrecionalidad, no sólo al efectuar las catalogaciones, sino también en el momento de establecer los criterios de la planificación urbanística. Reducción que vendría dada, como antes apuntamos, por una interpretación integradora de los artículos 46 y 47 de la Constitución. Cfr., en este sentido, la STS de 16 de junio de 1993, tercer fundamento de derecho de la sentencia apelada.

<sup>35</sup> STS de 30 de septiembre de 1986 (ponente: Martín del Burgo y Marchán), séptimo fundamento de derecho.

## V. REFLEXIONES FINALES

El caso que hemos traído a estas páginas resulta sugestivo desde diferentes puntos de vista. Por un lado, nos sitúa ante una realidad insoslayable: que el imparable crecimiento urbanístico de nuestras ciudades tiene que ir acompañado, inexcusablemente, de un no menos creciente interés por la conservación de aquellos lugares y espacios que presenten valores dignos de ser protegidos<sup>36</sup>. Y conciliar ambos aspectos es tarea que compete a la Administración pública, por mandato expreso de los artículos 46 y 47 de la Constitución. El problema, como ocurría con el Cerro de San Bartolomé, surge cuando la propia Administración llamada a velar por la conservación promueve o coadyuva a la realización de actuaciones que, bajo el loable y necesario propósito de mejorar la ciudad existente, ignoran el deber de velar por la conservación del patrimonio arquitectónico, entendido en sentido amplio, y siempre –claro está– que se trate de espacios o edificios llamados, por los valores ínsitos en ellos, a seguir formando parte de la ciudad para que puedan ser conocidos y vividos por las generaciones futuras<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Cuestión ésta que entra de lleno en la tendencia del llamado “urbanismo sostenible”, respecto del cual vid. LÓPEZ RAMÓN, F.: *Introducción al Derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 28 ss. También, resultan de gran interés las reflexiones de QUINTANA LÓPEZ, T.: “La ciudad sostenible. Conservación y rehabilitación del patrimonio arquitectónico”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 22, 2003, pp. 433 ss.

<sup>37</sup> Afirma el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en la obra citada en la nota 28, que, en el caso que nos ocupa, el TS confirmó las sentencias de instancia debido a que los edificios enclavados en el Cerro de San Bartolomé estaban catalogados por el Ayuntamiento. No deja de sorprender esta visión del asunto, toda vez que, como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo del presente trabajo, la decisión administrativa anulada por el TSJPV, y confirmada en vía casacional por el TS, fue precisamente la contraria, esto es, la de no incluir el Cerro y sus edificios en el Catálogo urbanístico, dejándolos huérfanos de protección. Es decir, que la base del problema no era que dichos elementos estuvieran previamente catalogados, sino todo lo contrario: que quedaban desprotegidos a causa de la nueva ordenación urbanística promovida por el Ayuntamiento en el Plan General. Por eso, también nos parece dudosa la conclusión final a la que llega dicho autor: “*Este es un buen ejemplo, por lo demás, de la alegría con la que se dispensan protecciones a objetos que, en rigor, no la merecen, como la propia autoridad que las otorga descubre luego cuando advierte que se erigen en obstáculos a operaciones de muy superior interés público*” (?). Se podrá criticar, desde luego, el fallo del TSJPV, luego avalado por el TS, pero lo que parece estar fuera de duda, a la luz del impecable razonamiento jurídico de las sentencias aquí comentadas, es que la catalogación fue ordenada, en este caso, por el propio Tribunal, y no por la Administración actuante, que había hecho todo lo contrario, dando pie así a los recursos planteados contra el acuerdo de aprobación del Plan General. Y, por otra parte, una de las claves del fallo judicial está en la incoherencia de la actuación administrativa, al no aplicar en la práctica los postulados conservacionistas enunciados, con carácter vinculante, en la memoria del Catálogo. Que la protección y defensa del patrimonio ar-

Porque otra de las consecuencias que se extrae de la lectura de las sentencias comentadas, y que corrobora la tendencia ya apuntada por otras anteriores y por algún sector de la doctrina científica, es que el urbanismo tiene también una decisiva función o misión protectora, de modo que está llamado a procurar la protección de aquellos elementos que, por no tener una mayor relevancia, están fuera del ámbito propio de la legislación sectorial reguladora del patrimonio histórico<sup>38</sup>. El instrumento destinado a hacer posible esa vocación protectora del urbanismo –no siempre tenida en cuenta, ni resaltada en su justa medida– es precisamente el Catálogo urbanístico, que se erige de este modo en nexo de unión entre dos sectores del ordenamiento jurídico-administrativo que han caminado por sendas divergentes, “*desconociéndose mutuamente*”<sup>39</sup>.

Como certeramente ha hecho alguna legislación autonómica pionera en la materia, una adecuada regulación de estos Catálogos –humildemente contemplados por el todavía vigente artículo 86 del Reglamento de Planeamiento de 1978, pero que tienen unas potencialidades aún por descubrir en buena medida– permitiría articular un sistema de protección seguramente más pleno y eficaz que el dispensado por la desmesurada proliferación de categorías

---

quitectónico no puede conllevar la petrificación de la ciudad ni el abandono de proyectos o iniciativas de “superior interés público” que permitan mejorar las condiciones de vida de sus habitantes es algo que está fuera de toda duda, como hemos visto anteriormente al aludir al artificioso enfrentamiento –sugerido por los recurrentes en casación– entre los principios contemplados en los artículos 46 (protección del patrimonio histórico) y 47 (ordenación de los usos del suelo conforme al interés general) de la Constitución, pero, en el caso de autos, la Administración actuó “*de forma arbitraria y sin respetar los intereses generales por cuya protección debe velar*”, y que aquí demandaban la protección del Cerro en lugar de su demolición (SSTS de 27 de abril de 2004, décimo fundamento de derecho). Dicho otra forma: el crecimiento urbanístico no puede hacerse a costa del menoscabo de aquel patrimonio, y sólo teniendo en cuenta esta premisa se respeta el interés general a cuyo servicio está la Administración pública. Ha de buscarse, pues, el necesario equilibrio, la justa ponderación, entre ambos, es decir, entre conservación y desarrollo, siendo éste –como antes apuntábamos– uno de los grandes retos del urbanismo actual. Pero eso nada tiene que ver con el incumplimiento, por parte de la Administración, de las reglas y pautas que ella misma haya establecido como guía –y no como “*huera retórica*”, por utilizar las mismas palabras del TS– a la hora de redactar el planeamiento, las cuales permiten atemperar el carácter discrecional de esta crucial potestad administrativa, posibilitando su adecuado control por los Tribunales de Justicia como garantiza el artículo 106 de la Constitución. De todo ello, y no de otra cosa, es un perfecto ejemplo, a nuestro juicio, el caso aquí analizado.

<sup>38</sup> Sobre esta importante cuestión, vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998; en especial, pp. 29-30, 44 y 81.

<sup>39</sup> Vid., al respecto, la muy reciente y útil monografía de ALONSO IBÁÑEZ, M<sup>a</sup>. R.: *Los Catálogos urbanísticos y otros Catálogos protectores del patrimonio cultural inmueble*, Aranzadi, Revista de Urbanismo y Edificación, núm. 11, 2005, donde se hace referencia al caso que comentamos en las pp. 75-81.

emanadas de la legislación reguladora del patrimonio histórico, que no conducen sino a una situación de caos normativo e inseguridad jurídica en nada favorecedora de la real puesta en práctica de los bienintencionados propósitos conservacionistas que suelen animar a los legisladores autonómicos y que, a la hora de la verdad, terminan cediendo ante la presión de otros intereses.

La lección más valiosa que podemos aprender del caso del Cerro de San Bartolomé tal vez sea ésta: de nada vale apostar formalmente por la conservación si luego, en las concretas actuaciones, la Administración se deja llevar por la voracidad urbanística de nuestros días y sucumbe a la presión del mercado y de los intereses puramente económicos. Por fortuna, el Estado de Derecho otorga la última palabra a los Tribunales y éstos, como en el caso analizado, pueden –y deben– poner freno a la arbitrariedad de la Administración sólo con recordar que ésta ha de actuar, desde luego, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, pero también con sujeción a las más elementales reglas de la racionalidad, que, entre otras cosas, imponen actuar con coherencia, sin contradecir los postulados previamente asumidos y respetando siempre todos los principios y valores constitucionales, límite infranqueable de su quehacer al servicio de los intereses generales<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Ciertamente, y a pesar de la indudable trascendencia de las resoluciones aquí analizadas, la doctrina que se contiene en ellas no es enteramente novedosa, sino que cuenta con valiosos precedentes en sentencias del TS que apuntan hacia las respuestas dadas por ambos Tribunales en el caso del Cerro de San Bartolomé. Este vendría a ser, en cierto modo, el más perfecto y acabado ejemplo de esa construcción jurisprudencial, alumbrada bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y consolidada gracias a la atrevida decisión del TSJPV, confirmada luego en casación (vid. TRAYTER JIMÉNEZ, J.M.: *op. cit.*, pp. 443 ss.). Algunos de estos fallos han sido aludidos a lo largo del presente trabajo, pero, en relación con las últimas reflexiones que formulamos, conviene traer a este improvisado cierre la cita contenida en la STS de 16 de junio de 1993, que a su vez incorpora doctrina anterior y nos sirve como preciso colofón de cuanto se ha expuesto en estas páginas: “La realización efectiva del Estado de Derecho ha determinado el alumbramiento de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de la Administración, tan ampliamente dibujado por el art. 106.1 de la Constitución, se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas, doctrina plenamente aplicable a los aspectos discrecionales, tan importantes, de la potestad de planeamiento. Por tanto, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos y, en segundo término, a la valoración de si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos (STS 5-12-1985), de suerte que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que es su presupuesto inexorable, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución) que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna (SSTS 27-4-1983 y 1-12-1986)”. En nuestro caso, el TSJPV utilizó la fórmula de la “única solución coherente” para, tomando como piedra angular los criterios y principios establecidos por la Administración en la memoria del Catálogo urbanístico, salvar de la muerte –en el sentido, literario y figurado, que nos dice la cita con la que comenzamos– a los edificios erigidos sobre aquel histórico Cerro, silencioso testigo ya no sólo del pasado, sino ahora también del futuro, de la ciudad de San Sebastián.