

INFORME¹

La sentencia del Tribunal Supremo 13 de junio de 2011 ¿hasta dónde el control de la discrecionalidad del planeamiento?

El caso de la biblioteca central universitaria de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN: LA SENTENCIA

La sentencia de la que traen su causa estas reflexiones –STS de 13 de junio de 2011– rechaza los recursos de casación interpuestos contra la de 4 de junio de 2009, de la Sala de lo contencioso–administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, sobre aprobación de revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla. La sentencia de instancia había estimado el recurso interpuesto contra la Resolución del Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, de 28 de julio de 2006, que dispuso la publicación de la Resolución anterior de 19 de julio de 2006, que aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla, en lo relativo al proyecto de construcción de la nueva Biblioteca Central Universitaria en parte de los terrenos actualmente ocupados por el parque del Prado de San Sebastián. Por razones que desconozco no se suspendieron las obras de construcción de la biblioteca proyectada hasta que en 2009 recayó la mencionada sentencia estimatoria. Al parecer en ese momento ya se llevaban invertidos algunos millones de euros en las obras de la frustrada biblioteca universitaria.

La situación cuando se redactan estas líneas está configurada por una sentencia del Tribunal Supremo que confirma otra del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ciertamente con algunas matizaciones en su fundamenta-

¹ Esta sección ha sido preparada bajo la dirección de José Ignacio Morillo-Velarde Pérez

ción, una resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía anulada y unas obras paralizadas en un céntrico parque sevillano desde que se produjo la sentencia de instancia. Las mencionadas obras deberán ser repuestas a la situación inicial del parque. En términos económicos a los millones de euros ya perdidos habrá que añadir algunos más y, salvo que exista algún procedimiento técnico que permita ubicar árboles ya desarrollados donde hoy están las obras paralizadas, se supone que se plantarán arbolitos que al menos darán sombra dentro de ocho o diez años. Antes de cualquier otra reflexión, lo primero que se viene a la cabeza, no sin amargura, es ¡que magnífico triunfo de la Justicia! Algo así como aquel ¡a tierra que vienen los nuestros! Difícil saber que ha sido peor, si el remedio o la enfermedad. A partir de ahí podemos hacer las consideraciones jurídicas que entendamos oportunas y a eso dedico estas líneas.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia de 13 de junio de 2011 es una sentencia amplia y argumentada, aunque sus argumentos tienen desigual valor, obviamente en mi opinión, según se ubiquen en alguna de las dos partes en que creo se puede dividir su texto. Ciñéndonos, como es natural, a sus fundamentos jurídicos y dejando al margen los primeros de éstos en que el Tribunal toma como punto de apoyo la sentencia recurrida, cabe distinguir los fundamentos tercero a séptimo de los restantes. En los indicados en primer lugar la sentencia, utilizando una impecable técnica procesalista, va rechazando diversos motivos de la casación solicitada. Creo que ahí el Tribunal se mueve perfectamente en su terreno y no hay más que aplaudir la tarea realizada.

El fundamento jurídico octavo es de transición y lo utiliza el Tribunal para enunciar la gran cuestión de esta sentencia, en último término, los límites a la discrecionalidad del planificador urbanístico y señaladamente los del *ius variandi* o posibilidades de introducir cambios en el planeamiento anterior.

En el fundamento noveno el Tribunal se sitúa en un plano doctrinal muy general trayendo a colación las nociones básicas sobre la discrecionalidad: su incompatibilidad con la arbitrariedad, su origen en la ley que determina, por ello, su sometimiento a límites, pues de otra forma no podría ser considerada una potestad jurídica. Evidentemente, nada que no deba ser admitido y compartido, a salvo de algunas precisiones de carácter técnico o conceptual que mejor es pasarlas en este momento, pues por encima del sentido más o menos

preciso de las palabras, quedan claros los conceptos y se entiende con absoluta precisión el pensamiento que se desea transmitir.

Sin embargo, en el fundamento jurídico diez comienza mi discrepancia con el Alto Tribunal, justo cuando inicia un importante esfuerzo para aplicar las limitaciones del *ius variandi* al supuesto en que se afecten zonas verdes. No discuto aquí la tesis central de la sentencia: la potestad de variación del planeamiento, una manifestación de la potestad planificadora es discrecional pero no por ello inmune al control judicial. La cuestión es qué control judicial. No es el momento de exponer las diversas y conocidísimas técnicas de control de la discrecionalidad. Si conviene recordar que hay una zona polémica justamente en la utilización de alguna de ellas, señaladamente cuando se pretende utilizar como parámetro fórmulas excesivamente abiertas o inconcretas, del estilo de la utilizada en este caso por el Tribunal: Se dice que la motivación que se ofrece en la memoria de la revisión es insuficiente. Es sabido que los actos discrecionales deben ser motivados –motivación que, por otro lado, solo de manera muy genérica se exige en el caso del ejercicio de la potestad reglamentaria de la que el planeamiento viene a ser una especialidad– Por tanto, es un criterio de control razonable la ausencia de motivación pues el parámetro utilizado no puede ser más objetivo, pero el Tribunal no reprocha carencia sino insuficiencia. La cuestión que surge de inmediato es, insuficiente ¿Para quién? Pues es evidente que para las autoridades académicas de la Universidad de Sevilla, para el Ayuntamiento de esta ciudad y para la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía las motivaciones aducidas eran suficientes. Además –y esto es importante– no se ha demostrado que existieran otras que desvirtuaran las alegadas en la Memoria, porque fueran acreedoras de algún tipo de reproche. Otra cosa es que convengan más o menos. Obviamente a los recurrentes no parecían convencerlos. Para el Tribunal la insuficiencia de la motivación deriva de *que no se expresan las razones por las que no se puede construir* –la biblioteca– *en otros terrenos* (fundamento jurídico trece). Es decir, que de ello se desprende que la memoria no peca *por que se expresen las razones por las que se pretende construir en un lugar determinado, sino que hay que explicar por qué no se puede hacer en ningún otro sitio*. Hay que convenir que lo pone difícil. Pues es obvio que en cualquier ciudad hay múltiples lugares para ubicar una biblioteca, y en el caso de Sevilla, con varios campus universitarios más aún, pero también es cierto que con este criterio se impide una estrategia universitaria, que tanto las autoridades de este orden como las municipales y autonómicas pretendían adoptar, simplemente porque existen otras opciones o que la opción elegida sea discutible, cualidad ésta fácilmente predicable de cualquier otra.

Enlazando con esas afirmaciones el fundamento jurídico décimo cuarto proporciona la clave del razonar del Tribunal: en el fondo no es que el margen de discrecionalidad sea más estrecho, sencillamente es que se niega la discrecionalidad cuando se razona: *Así es, lo propio de una decisión discrecional es la elección del planificador entre diversas opciones igualmente válidas. Pues bien, el sacrificio de una zona verde no es un indiferente jurídico cuando el planificador realiza la elección de esa decisión discrecional. No constituyen opciones igualmente válidas para el planificador el emplazamiento de un edificio sobre una zona verde que sobre otros terrenos que no tienen tal cualidad. De modo que no estamos ante indiferentes jurídicos entre los que escoger.* Efectivamente, exigiendo la prueba de la *imposibilidad* de ubicación en otro lugar ¡a ver que margen queda para la elección! No creo que puedan aducirse muchos usos o actividades que no puedan realizarse en casi todos los lugares de una ciudad, sean zona verde o no.

El Tribunal quiere proteger a toda costa una zona verde. A este efecto el fundamento jurídico undécimo alude a la sensibilidad colectiva protectora de estas zonas, inspiradora de una serie de medidas como el silencio negativo o desestimatorio, la imprescriptibilidad de la acción para proteger la legalidad urbanística cuando se afectan zonas verdes etc. Son medidas claras y razonables que el legislador ha tomado y, como tales deben llevarse a cabo, pero entre ellas no se dice nada de cómo deba ser la motivación. No es de recibo establecer limitaciones que el legislador no ha previsto. Aunque se trate de zonas verdes. Sabemos que discrecionalidad no es arbitrariedad, que es una forma legítima de ejercicio de una potestad pública, en conclusión lleva ínsita la limitación, aunque naturalmente ello no sea garantía del acierto y de la bondad de la decisión.

Sin incurrir en la sacralización de lo verde y lo natural, que parece haberse convertido en un mantra políticamente correcto, nada hay que objetar a ese objetivo que, con toda facilidad, puede entenderse incluido entre los deberes que impone el art. 45 de la Constitución. Pero al igual que sucede con otros objetivos o valores que también gozan de la protección constitucional, no puede pretenderse que esta protección sea absoluta, convirtiendo el medio –zona verde, porción de parque– en fin ante el que cualquier otra opción deba decaer indefectiblemente. A mi juicio autorizar la posibilidad de una biblioteca en zona verde solo en casos de imposibilidad, como parece desprenderse de la sentencia, es un exceso que no se puede compartir. Situar el umbral de motivación para justificar la decisión en la imposibilidad de ubicación en otro lugar –obviamente que no sea zona verde– es, con todo el respeto, cuanto menos una exageración. Ahora bien, una exageración dialécticamente comprensible para evitar la acusación de sustitución de la discrecionalidad administrativa por la

discrecionalidad judicial, pues de otra manera no parece fácil concretar en que consiste la intensificación de la exigencia de motivación por encima del que habitualmente se precisa. La consecuencia es el desapoderamiento de la decisión administrativa, porque a los jueces no les convencen los motivos que se aducen y su desplazamiento a la sede judicial.

El Tribunal apoya la rigidez de su postura tomando como paradigma de la protección de las zonas verdes la regulación de la modificación del planeamiento que desde el Texto refundido de 1976 a la regla 2ª del art. 36 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, pasando por lo previsto en la mayoría de las normas autonómicas dispone que las modificaciones que tengan por objeto una diferente zonificación o uso de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos... requerirán el dictamen del favorable del Consejo Consultivo de Andalucía. Nada más lógico teniendo en cuenta la dinámica del urbanismo en los últimos sesenta años con carácter general. Pero en mi opinión el Tribunal no debió despreciar el hecho formal de que *estamos ante una revisión y no modificación*, circunstancia cuya corrección no se ha cuestionado en el proceso, al menos, que conste. En consecuencia, no puede pretender que los límites de la discrecionalidad sean los mismos. Es decir, sin perjuicio de la alta valoración de la zona verde que indudablemente se desprende de la norma citada sobre la modificación del planeamiento, en nada más puede proyectarse sobre el régimen de la revisión. Si acaso, la comparación entre la regulación ambas formas de variación, pone de manifiesto su profunda diferencia que, desde la perspectiva que consideramos, se concreta en una negación de esa discrecionalidad –al menos para el planificador municipal y la administración autonómica en tanto que les impone contar con un informe *favorable* del Consejo Consultivo– para las modificaciones, sin una cautela análoga para la revisión, que por supuesto, puede ser parcial. El Tribunal, naturalmente, no está pretendiendo una aplicación análoga de la norma sobre modificación, simplemente parece traerla a colación como referente, pero aun así, entiendo que ha cometido un error que más arroja confusión que claridad en el asunto debatido.

Creo que es claro que el concepto de revisión permite una mayor libertad de apreciación que el de modificación por lo que es una operación en la que cuadra la discrecionalidad de manera perfecta, obviamente mucho más que para las modificaciones: se puede valorar incluso la calidad de una zona verde u otra. Para cualquiera que conozca la ciudad de Sevilla, es obvio, que no sería lo mismo afectar la superficie de la zona verde del lugar del emplazamiento asignado a la biblioteca, que hacerlo unas decenas de metros al lado, pues

en tal caso estaríamos hablando de un jardín del prestigio, la tradición y belleza del Parque de María Luisa y en el caso concernido por las obras, lo que se toca es un jardín, ciertamente estimable, de reciente factura, ubicado en el antiguo Prado de San Sebastián que, desde que en 1974 se desplazó el real de la Feria de Abril a donde se celebra actualmente, ha sido aparcamiento, cuando no una zona desaprovechada sin uso específico. También cabría valorar si de haberse construido la biblioteca el parque hubiera o no perdido su funcionalidad en el conjunto de la ciudad. Además no puede dejar de tomarse en consideración el más que evidente esfuerzo que ha realizado la ciudad multiplicando sus zonas verdes en los últimos veinte años.

Es obvio que todo este tipo de consideraciones quedan fuera de lugar cuando el umbral de la motivación es *la imposibilidad* de ubicación en otro emplazamiento.

Con estas líneas no se intenta apoyar la decisión administrativa cuestionada. Es probable que incluso no fuera una buena decisión. Sí trato de reivindicar la discrecionalidad administrativa y, en concreto, la discrecionalidad del planificador –autoridad legítima con pleno respaldo democrático– que por proceder de la ley solo debe tener los límites que esta le marque en una tarea que requiere precisión, equilibrio y sentido práctico y teniendo como punto de partida, como acertadamente señala el Tribunal que discrecionalidad no es arbitrariedad. Esos límites deben ser infranqueables y para eso están los tribunales de justicia. Lo que vengo a criticar aquí es precisamente la labor de un tribunal, por más que sea nuestro apreciado Tribunal Supremo, que, en mi opinión, se arroga la función de establecer unos límites con los que velar por la corrección de una decisión que no entiende correcta a la luz de una sensibilidad proteccionista –obviamente laudable– que el legislador no ha elevado a límite expreso de la discrecionalidad

3. EPÍLOGO

La biblioteca central universitaria de Sevilla no se ubicará en los terrenos del Prado de San Sebastián. Una decisión tan razonable como su contraria, si las cosas se miran sin ningún tipo de prejuicio y en el marco de lo debatido en la sentencia, aunque probablemente no sea la más acertada. Para velar por este extremo no están los tribunales de justicia, lo que no significa, la inexistencia de controles. Este es el papel de los controles de carácter político en una democracia como la nuestra. Deben ser los vecinos quienes pasen la factura de este tipo de decisiones si no las consideran de su agrado. Si las aceptan, no pa-

rece que tenga sentido esa tutela paternalista venga de donde venga, ni siquiera del Tribunal Supremo.

Acatando, como no podía ser de otra manera, la sentencia que nos ocupa se echa de menos la ausencia de la justicia cautelar al inicio del pleito. Desconozco si se planteó o no la suspensión inicial de las obras y si se hizo cuáles fueron las razones de su denegación. Lo que si está claro es que ahora si ha de haber algún claro perdedor este será, como en tantas ocasiones, el erario y el contribuyente.