



Resolución 2023R-1191-23 del Ararteko, de 11 de octubre de 2023, que recomienda al Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián que responda de forma expresa y motivada a una solicitud de revisión de la ordenación urbanística y a una solicitud de acceso a la información urbanística obrante.

Antecedentes

1. Una persona se quejó ante el Ararteko de la falta de respuesta del Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián a los escritos presentados en relación con la ordenación urbanística del cerro de San Bartolomé.

. Por un lado, el reclamante exponía que, con fecha de 24 de marzo de 2023, había presentado un escrito en el registro municipal para que el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián reconsiderase la decisión municipal que permitía la construcción de un centro comercial en el espacio libre y verde ubicado en la ladera norte de San Bartolomé.

En ese escrito trasladaba su desacuerdo con la ordenación del Plan Especial de Ordenación Urbana de la parcela b.20.2 y su entorno en el AU CE.05 San Bartolomé (PEOU), aprobado definitivamente el 26 de enero de 2023, que permitía la edificación y urbanización de un centro comercial en el espacio actual de la ladera norte del cerro de San Bartolomé. El reclamante exponía que la ladera norte del cerro era un elemento del patrimonio cultural de Donostia/San Sebastián que debía ser protegido y conservado. Por su parte, proponía una alternativa de ordenación que protegiera esa ladera en su integridad mediante un proyecto de jardinería y paisajismo que recuperase todo el espacio verde de la ladera.

. Por otro lado, con fecha de 25 de abril de 2023, el reclamante presentó un segundo escrito ante el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián en el que formulaba una serie de preguntas y solicitudes de información sobre los motivos para acordar la edificación de un centro comercial en esa ladera de San Bartolomé.

En ese escrito exponía que, en su valoración, la ordenación urbanística del espacio de la ladera norte aprobada no tenía una adecuada justificación basada en el interés general ni respetaba el régimen de protección otorgado tanto a la ladera como al muro del cerro de San Bartolomé. En su escrito consideraba que ambos elementos debían ser protegidos y conservados de acuerdo con los valores culturales que ya habían reconocido los tribunales de justicia. A ese respecto mencionaba la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de septiembre de 2001 y la sentencia 2759/2004 del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2004. Asimismo, señalaba que el propio catálogo municipal del patrimonio local aprobado establecía que la ladera debía mantener su imagen como espacio verde y ajardinado y su integración visual debía realizarse sin elementos de urbanización ni edificación.





Al mismo tiempo, el reclamante solicitaba el acceso a la información obrante sobre el proyecto del centro comercial, sobre su contenido económico y sobre los criterios de adjudicación de la parcela b.20.2 seguidos en ese caso por la Sociedad San Bartolomé Muinoa S.A.

Por último, el reclamante insistía en que el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián debería reconsiderar las previsiones del PEOU de 2023 y solicitaba la aprobación de una nueva ordenación que garantizara el mantenimiento íntegro del muro y la ladera norte del cerro de San Bartolomé.

2. La persona reclamante acudió al Ararteko exponiendo que, pasado más de un mes desde su primera solicitud, el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián no había dado una respuesta a su pretensión de acceso a la información ni a las propuestas presentadas.

3. Admitida a trámite esta reclamación, con fecha de 25 de mayo de 2023, el Ararteko solicitó información al Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián sobre el trámite y la respuesta dada a las solicitudes formuladas por el reclamante.

. Con fecha de 29 de junio de 2023 y de 11 de septiembre de 2023, el Ararteko requirió al Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián una contestación a la queja formulada.

4. Con fecha de 13 de septiembre de 2023, el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián puso en conocimiento del Ararteko una comunicación remitida desde la Alcaldía:

(...)

En todo caso, hay que mencionar que en la respuesta referida el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián no daba cuenta al Ararteko del trámite que hubiera ofrecido a las solicitudes formuladas por el reclamante ni de la contestación que, en su caso, le hubiera ofrecido, transcurridos más de cinco meses desde su formalización.

A la vista de esta información, y tras analizar sus contenidos, esta institución le da traslado las siguientes:

Consideraciones

1. El objeto principal de la queja ante el Ararteko era la falta de una respuesta expresa del Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián a los escritos mencionados en los antecedentes en relación con la ordenación urbanística del cerro de San Bartolomé

Con carácter general, hay que traer a colación el derecho de la ciudadanía a la buena administración que implica la obligación de las administraciones públicas





de garantizar el correspondiente derecho al procedimiento administrativo. Este derecho supone que, en el caso de los procedimientos iniciados a instancia de la ciudadanía, la administración pública está obligada, al menos, a acusar recibo de los escritos que ante ella se presenten, a su impulso de oficio en el procedimiento que corresponda y al deber de responder de forma congruente y motivada, dentro de un plazo de tiempo razonable, a todas las cuestiones y peticiones planteadas.

De ese derecho al procedimiento administrativo se deduce que la presentación de escritos, dirigidos a las administraciones públicas a través de los diferentes canales de acceso y de comunicación con la ciudadanía, requiere, siempre y en todo caso, una tramitación administrativa en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En ese caso, el artículo 21 de la Ley 39/2015 recoge que el plazo de resolución no excederá de tres meses desde su solicitud.

Ello no impide exigir que los escritos y peticiones formalizados ante las administraciones públicas cumplan con unos requisitos mínimos que permitan conocer la voluntad del promotor del escrito y, de ese modo, garantizar de forma adecuada, el ejercicio de sus derechos.

Así las cosas, la falta de concreción del objeto o su remisión a través de un formato de presentación inadecuado, como puede ser la remisión directa por correo electrónico u otros canales de reclamación ante la administración, no debe ser motivo de falta de impulso en la tramitación ni de falta de respuesta o de silencio por parte de las administraciones públicas.

Respecto al procedimiento administrativo a seguir para dar el trámite que corresponda, las solicitudes de la ciudadanía para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico tiene establecido un procedimiento *ad hoc* deben reconducirse al procedimiento administrativo específico que corresponda.

El resto de las cuestiones de competencia municipal que no pudieran encauzarse en un determinado procedimiento deben ser tramitadas de conformidad con el derecho de petición, previsto en el artículo 29 de la Constitución española y regulado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

De ese modo, cuando una solicitud pueda suscitar dudas sobre el objeto de la pretensión o sobre su calificación administrativa, la administración pública debe seguir la vía prevista para la subsanación o mejora de la solicitud del artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En ningún supuesto la normativa de procedimiento administrativo avala la falta de contestación a la ciudadanía mediante el silencio administrativo. Tal y como señala el artículo 88.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento





Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *“En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá acordarse la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución”.*

La importancia de conocer los motivos de la respuesta tiene directa relación con el derecho a una buena administración que, como antes se ha expuesto, implica la obligación de la administración de motivar adecuadamente la decisión a tomar, de garantizar una adecuada participación de las personas concernidas en la toma de decisiones y de permitir el derecho a la revisión de las decisiones administrativas a través de los recursos jurisdiccionales correspondientes.

En conclusión, el Ararteko debe recordar la obligación municipal de dar respuesta expresa a cuántas solicitudes sean presentadas por la ciudadanía. Esos principios de buena administración también deben aplicarse a casos como el expuesto en la reclamación en el que una persona solicitaba, por un lado, una revisión de la ordenación urbanística aprobada en el cerro de San Bartolomé y, por otro lado, el acceso a la información obrante respecto a la justificación de esa decisión urbanística.

2. En el caso de la petición de revisión de la ordenación urbanística, esa solicitud hace referencia al ejercicio de la potestad de ordenación urbanística cuya competencia corresponde a los órganos de representación municipal.

La potestad para revisar o modificar el planeamiento es una potestad discrecional - ius variandi – que corresponde a los ayuntamientos de modo que, dentro de los márgenes establecidos en la normativa, el planificador urbanístico dispone de libertad para escoger, entre las distintas alternativas posibles, la que considere más conveniente para la mejor satisfacción del interés público. En palabras del Tribunal Supremo, en su sentencia 2624/2021, de 23 de junio *“La potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible”.*

De ese modo, la modificación del planeamiento requiere una tramitación compleja en la que intervienen diferentes administraciones públicas que debe llevarse a cabo de conformidad con las previsiones de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

En esos términos, el artículo 90 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, regula que la formulación de los planes generales corresponde a los ayuntamientos. Este precepto no incluye la iniciativa privada en la formulación del planeamiento general, a diferencia de lo previsto para los planes parciales (art.95.1) y para los planes especiales de ordenación urbana (art.97.1).



El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su sentencia 3135/2018, de 17 de octubre, señala que la Ley 2/2006, de 30 de junio, no reconoce la iniciativa particular para la formulación del planeamiento general ni de sus modificaciones. Por ello, las solicitudes, que en tal sentido dirijan los particulares al ayuntamiento, deben encauzarse a través del ejercicio del derecho de petición y no en el procedimiento de formulación y aprobación del planeamiento. En estos casos, la sala del TSJPV considera exigible verificar que el ayuntamiento haya ofrecido al solicitante una respuesta razonada, tal y como exige el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. *"A juicio de la Sala el art. 12 de la LO 4/2001 no abre paso al control de la respuesta municipal, sino en cuanto ha de ser razonada, lo que excluye que sea fruto del capricho o la arbitrariedad"*.

El ejercicio de este derecho permite a la ciudadanía formular peticiones sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias de la administración destinataria. Las peticiones pueden incorporar una sugerencia, una iniciativa o expresar súplicas sobre cualquier asunto de interés general, colectivo o particular, que resulten de carácter discrecional o graciable, siempre que no estén fundadas en un derecho subjetivo o en una norma previa habilitante. El artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2001, recoge que, una vez admitida a trámite una petición, la autoridad u órgano competente está obligada a contestar y a notificar la contestación en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de su presentación. La respuesta dada por la administración debe incluir las razones o motivos por los que se acuerda acceder o no a la petición. La importancia de una respuesta expresa se basa en dar contenido al derecho de petición, conocer los términos exactos de la respuesta y disponer del correspondiente derecho a recurrir esa resolución ante los órganos administrativos y jurisdiccionales oportunos.

3. En relación con las propuestas o peticiones en el ámbito del urbanismo también es preciso mencionar que el artículo 8.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, considera expresamente que la ordenación urbanística debe formularse y tramitarse facilitando la participación ciudadana en cualquiera de sus formas.

La participación ciudadana conlleva la obligación de las administraciones públicas de garantizar durante todo el proceso deliberativo, desde la formulación hasta la aprobación definitiva, una suerte de derechos a la participación como son; el derecho a comparecer como interesado, el derecho a acceder a la información obrante o el derecho a presentar propuestas para la formulación, sugerencias en el avance, alegaciones durante la tramitación del plan y recursos contra las resoluciones que concluyan el procedimiento de la tramitación administrativa de los planes de ordenación urbana.

Este principio de participación ciudadana debe concretarse en el derecho del público interesado a plantear propuestas concretas en la ordenación urbanística para que el órgano municipal competente decida, de forma discrecional, sobre la



formulación de un plan general de conformidad con lo previsto en las normas procedimentales.

Los principios de buena administración, en estos casos, conllevan la obligación municipal de examinar de forma individualizada las propuestas formuladas al objeto de ser debidamente valoradas dando una respuesta puntual, detallada, congruente y motivada a la propuesta presentada.

A ese respecto, el Tribunal Supremo ha establecido, en sus sentencias de 16 de febrero de 2009 y de 25 de febrero de 2003, que es exigible que en ese trámite se produzca un procedimiento de *"diálogo, participación y respeto"* (...). Para ello *"es necesario que las alegaciones y sugerencias formuladas sean objeto de la consideración y reflexión debidas. No puede entenderse cumplido un trámite por la mera puesta en conocimiento del destinatario, si, luego, se orillan y desconocen las consideraciones que esas instituciones han hecho valer"*.

La importancia de conocer los motivos de la respuesta tiene directa relación con el derecho a una buena administración que, como antes se ha expuesto, implica la obligación de la administración de garantizar una adecuada participación de las personas interesadas, de motivar adecuadamente la decisión a tomar y de resolver expresamente la solicitud formulada.

En conclusión, el principio de participación ciudadana, recogido en el artículo 8 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, implica la obligación de dar una respuesta expresa a las propuestas presentadas por los ciudadanos y las asociaciones para instar a una modificación de la ordenación urbanística en vigor. Esa respuesta, acordando o denegando la incoación del correspondiente instrumento de ordenación urbanística, deberá ser comunicada de forma individualizada y singular, incorporando a la misma el informe técnico correspondiente de valoración.

4. Por otro parte, la jurisprudencia también ha reconocido el principio de no regresión en el ámbito de protección del medio ambiente como un límite en el *ius variandi* y en la discrecionalidad del planificador urbanístico. Este principio de no regresión se define en la exposición de motivos de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética como *"aquella en virtud de la cual la normativa, la actividad de las Administraciones Públicas y la práctica jurisdiccional no pueden implicar una rebaja o un retroceso cuantitativo ni cualitativo respecto de los niveles de protección ambiental existentes en cada momento, salvo situaciones plenamente justificadas basadas en razones de interés público, y una vez realizado un juicio de ponderación entre los diferentes bienes jurídicos que pudieran entrar en contradicción con el ambiental"*.

La reciente Sentencia 3236/2023, de 30 de junio, del Tribunal Supremo establece que ese principio de no regresión *"exige un esfuerzo de ponderación de los valores en presencia que debe quedar reflejado en el expediente administrativo, en la documentación del plan, y exteriorizarse en la correspondiente motivación"*





para explicar las razones que llevan a la adopción de determinadas medidas que puedan reducir el nivel de protección ambiental hasta ahora alcanzado y su justificación desde la perspectiva de un interés público prevalente".

5. En este caso concreto, la solicitud de revisión del reclamante hacía referencia a la necesidad de mantener el régimen de protección de los bienes culturales reconocidos al cerro de San Bartolomé. En este supuesto habría que traer a colación que esos bienes culturales fueron expresamente reconocidos por las resoluciones judiciales mencionadas en los antecedentes que determinaban una serie de elementos del patrimonio municipal del ámbito de San Bartolomé que la administración municipal debía preservar.

En ese caso, la sentencia 4880/2001 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco anuló y dejó sin efecto las determinaciones urbanísticas contrarias a la intervención en el cerro de San Bartolomé e incluyó en el catálogo del patrimonio urbanístico a la parte del cerro que daba soporte al Convento-Colegio, al muro y a la casa de baños, sin perjuicio del derecho a disponer las determinaciones urbanísticas de protección de lo catalogado, así como a ordenar urbanísticamente el área.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo 2759/2004, de 27 de abril, consideró que: *"La estimación parcial de la demanda, ordenando incluir en el Catálogo del Patrimonio Urbanístico la parte del Cerro de San Bartolomé que da soporte al convento-colegio, al muro y a la casa de baños y a éstos mismos elementos, se basa en la apreciación del informe emitido por el Consejo Asesor del Patrimonio Arquitectónico y Monumental de Euskadi, según el cual la imagen del Cerro de San Bartolomé es la más antigua, significativa e importante de la ciudad de Donostia, siendo un cuadro estéticamente importante, que pudiera concebirse como elemento cultural relevante, y en su eliminación hay un claro impacto ambiental e histórico, pudiéndose hablar también de un impacto social, al ser el Cerro un factor de humanización del lugar, de manera que su desaparición cambiará la fisonomía y la imagen de la ciudad, borrando uno de los capítulos más importantes de su historia".*

6. Tal y como se menciona en los antecedentes, no consta una respuesta expresa y motivada a la propuesta formalizada por el reclamante. La valoración realizada por el área de Alcaldía del Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián contesta al Ararteko recogiendo la opinión favorable a la ordenación propuesta en el caso del cerro de San Bartolomé. Sin embargo, no realiza una valoración técnica sobre las cuestiones urbanísticas que han dado lugar a la solicitud de revisión de la ordenación urbanística. En opinión de esta institución una referencia genérica a que la ordenación *"es totalmente respetuosa"* no constituye una adecuada motivación de la eventual desestimación de la solicitud del reclamante.

La respuesta municipal debe ser congruente con los motivos alegados expuestos en la solicitud y, sin perjuicio de la potestad municipal para la ordenación urbanística, suficientemente motivada. Para ello, resulta necesario que la



respuesta municipal explique con el necesario detalle en qué medida la ordenación aprobada resulta compatible con la ordenación urbanística aprobada con el régimen de protección del patrimonio cultural vigente y con las sentencias que recayeron en 2001 y 2004 sobre la protección del patrimonio local del ámbito de San Bartolomé.

La exigencia de motivación de los actos y disposiciones administrativas constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico. El Tribunal Supremo en su jurisprudencia, véase por ejemplo la sentencia 5777/2016, de 26 de diciembre, ha considerado que la motivación tiene por finalidad *“la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 Constitución Española (CE) y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa)”*.

Es por ello por lo que el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián tiene pendiente dar una respuesta expresa y motivada a la propuesta del reclamante de acordar una ordenación urbanística del área de San Bartolomé que proteja el bien cultural definido en la ladera norte y evite su alteración. En esa respuesta los servicios técnicos municipales deberían realizar una especial valoración y análisis de los condicionantes recogidos en la legislación de protección del patrimonio municipal y en el principio de no regresión mencionado.

7. En relación con la solicitud que hacía referencia al acceso a la información utilizada para la toma de decisión urbanística controvertida, hay que recordar que el derecho de acceso de todas las personas a la documentación que forme parte de los expedientes y registros públicos está regulado por el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

El ámbito objetivo de este derecho viene regulado en el artículo 13 de la Ley 19/2013 que define como información pública todos los documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de esa administración y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

. El derecho de acceso a la información urbanística también ha sido incluido de forma expresa en la normativa sectorial urbanística. Es el caso del artículo 5 c) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Esa normativa ha reconocido el derecho a todos los ciudadanos de acceder a la información urbanística de la que dispongan las administraciones públicas, así como a obtener una copia.





El artículo 8 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, también reconoce el derecho de todas las personas a acceder y obtener copia de la documentación que obre en los archivos de las administraciones públicas competentes, sin otras limitaciones que las generales establecidas en las leyes.

La sentencia del Tribunal Supremo 2272/2022, de 2 de junio de 2022, ha considerado respecto a las solicitudes de información de carácter urbanístico, en el caso de que el solicitante no ostentase la condición de interesado en el procedimiento administrativo, que: *"El artículo 12 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, reconoce el derecho de acceso a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 de la Constitución, de forma amplia "a todas las personas", sin requerir la acreditación de acreditar un determinado interés"*. De ese modo, este derecho de acceso a la información está referido a todos aquellos documentos, informes, dictámenes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias y actuaciones que sirven de antecedentes y fundamentos para una actuación administrativa sin perjuicio de que esa actuación esté en curso o haya finalizado. Sin embargo, ese derecho de acceso no implica la obligación de realizar una certificación o reelaboración de la documentación obrante para atender las peticiones, mediante la elaboración de estudios o desgloses.

En todo caso, la actuación administrativa debe garantizar el ejercicio del derecho mediante la puesta a disposición del reclamante de una relación del conjunto de los documentos e informes existentes en todos los departamentos sobre su pretensión.

El artículo 17 de la Ley 19/2013, determina el procedimiento a seguir para la solicitud de acceso a la información. Ese procedimiento se iniciará con la presentación de la solicitud a la administración que posea la información. Para ello el solicitante únicamente deberá acreditar su identidad, la información que solicita y la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada.

Las solicitudes de acceso deben ser respondidas en el plazo máximo de un mes de manera congruente y motivada con los términos de la pretensión del solicitante. Asimismo, la resolución deberá expresar los recursos que contra la misma procedan entre los que debe mencionarse la posibilidad de interponer una reclamación ante la Comisión Vasca de acceso a la información pública.

8. En esos términos, del examen de la información remitida al Ararteko cabe apreciar que el informe municipal no da cuenta de la respuesta o del trámite administrativo seguido con las solicitudes de acceso la información obrante sobre esta cuestión urbanística que habían dado objeto a la queja.

A ese respecto, en opinión del Ararteko queda, por tanto, pendiente dar una respuesta expresa a la solicitud de acceso a la información y realizar una adecuada valoración de la existencia de la documentación e información requerida





en los expedientes municipales seguidos para la ordenación y gestión urbanística del cerro de San Bartolomé.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, el Ararteko formula al Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián la siguiente:

Recomendación

El Ararteko recomienda al Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián que responda de forma expresa y motivada a la solicitud de revisión de la ordenación urbanística para preservar de forma adecuada los bienes culturales reconocidos en la ladera norte del cerro de San Bartolomé.

Asimismo, el Ararteko recomienda al Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián que responda de forma expresa a la solicitud de acceso a la información obrante sobre la justificación de esa decisión urbanística, de conformidad con las previsiones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

