

LA DESPROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES: ENAJENACIÓN DE BIENES PÚBLICOS; LA DESCATALOGACIÓN

Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ (1)

Resumen

En principio la enajenación de bienes culturales de las Administraciones públicas está expresamente prohibida. Sin embargo, se ha planteado la posibilidad de descatalogar los bienes para proceder a continuación a su enajenación. La jurisprudencia es muy restrictiva al respecto, dado que califica como actuación reglada de la Administración el dejar sin efectos la catalogación de los bienes culturales, como asimismo la catalogación. A partir de la regulación y jurisprudencia solo son imaginables supuestos excepcionales, con base en informes previos de la Comunidad Autónoma y de organismos asesores, todo ello suficientemente motivado y acreditado. Por otro lado, la declaración de la tauromaquia como patrimonio cultural excede de la regulación y la jurisprudencia glosada.

Palabras clave

Patrimonio histórico; bien cultural; catalogación; descatalogación; competencias; enajenación; tauromaquia.

Abstract

In our regulations, in principle, the disposal of public Administrations' cultural assets is expressly prohibited. However, the possibility has been proposed of discontinuing catalogued assets in order to proceed with their disposal. Jurisprudence is highly restrictive in this regard, given that it describes discontinuing catalogued cultural assets, and likewise, cataloguing them, as a regulated activity pertaining to the Administration. On the basis of such regulation and jurisprudence only exceptional cases can be envisaged, grounded on prior reports submitted by the Autonomous Community and advisory bodies, fully justified and accredited throughout. Moreover, declaring tauromachy to be cultural heritage is an example that exceeds the described regulation and jurisprudence.

(1) Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid. javier.bermudez@uam.es

Key words

Historical heritage; cultural asset; cataloguing; discontinuing catalogued assets; powers; disposal of public assets; tauromachy.

SUMARIO: I. Introducción; II. La enajenación de bienes culturales de las Administraciones públicas; 1. La enajenación de bienes culturales públicos, en la legislación estatal y de las Comunidades Autónomas; 2. Inalienabilidad de los bienes muebles públicos de valor cultural; 3. Inalienabilidad de los bienes inmuebles de titularidad pública, con valor cultural; 4. Bienes culturales de sociedades públicas; III. La descatalogación del patrimonio histórico; 1. Legislación estatal y autonómica aplicable; 2. Jurisprudencia sobre el supuesto: Carácter reglado; Motivación; Informes previos de organismos asesores; Medidas cautelares; A) La catalogación y descatalogación como actuación reglada de la Administración; B) Exigencia de motivación suficiente; C) Informes previos de organismos asesores; D) Ponderación en medidas cautelares; IV. Tesis final sobre descatalogación de bienes culturales públicos, previa a su enajenación; V. Una catalogación discrecional carente de motivación: la declaración de la tauromaquia como bien de interés cultural; Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

EN estos últimos años de crisis económica las Administraciones públicas han planeado hacer caja mediante la explotación o enajenación en su caso de los bienes culturales de titularidad pública, en algunos casos en España, como la enajenación por el Ayuntamiento de Madrid, de un lote de cuadros de Tapiès, Chillida o Miró, adquiridos «para decorar despachos» (2); o en el exterior, la venta de obras del Instituto de las Artes de Detroit para salvar la bancarrota de la casa (3), o de los cuadros de Andy Warhol que pertenecían a una cadena de casinos filial de un banco público del Estado federado alemán de Alemania del Norte-Westfalia (4), o la venta en Portugal de 85 cuadros de Joan Miró en poder del Estado portugués tras la nacionalización del BPN (5).

Asimismo, la desprotección de los bienes culturales, aun cuando no sean públicos sino privados, se está produciendo mediante su descatalogación, de forma que ceden ante mayores intereses económicos, normalmente los urbanísticos, presentes tanto en la actual época de crisis económica como en la previa fase de riqueza aparente.

(2) «Botella vende al 50% parte de un lote de cuadros que costó 4 millones. La alcaldesa califica de «ornamentales» pinturas de Tapiés, Chillida o Miró que se adquirieron, dijo, «para decorar despachos». *El País*, 6 junio 2013.

(3) *El confidencial*, 7 agosto 2013, «Detroit vende, El Prado alquila», y 30 julio 2013 «Cómo acabar con la deuda de una ciudad: vender las pinturas de su museo».

(4) Diario *El Mundo*, 13 noviembre 2014 «El arte rescata a la banca».

(5) Diario *ABC*, 4 febrero 2014 «El Ministerio público portugués quiere impedir la venta de cuadros de Miró».

En las páginas siguientes se van a analizar estos dos supuestos, la enajenación de bienes culturales de las Administraciones públicas y la descatalogación de bienes del patrimonio histórico, y, en su caso, finalmente, la adición de ambos, esto es la descatalogación de bienes del patrimonio histórico de las Administraciones públicas con el objetivo de enajenarlos.

II. LA ENAJENACIÓN DE BIENES CULTURALES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. LA ENAJENACIÓN DE BIENES CULTURALES PÚBLICOS, EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La *Ley 16/1985, de 25 junio, del patrimonio histórico español* (en adelante LPHE), establece en su artículo 28. 2 que «los bienes muebles que forman parte del patrimonio histórico español no podrán ser enajenados por las Administraciones públicas, salvo las transmisiones que entre sí mismas estas efectúen y lo dispuesto en los artículos 29 y 34 de esta Ley.» (6). La Ley estatal no establece regulación específica para los bienes inmuebles (7).

La legislación de las Comunidades Autónomas ha precisado los supuestos de inalienabilidad tanto para los bienes muebles como de los inmuebles (en la mayoría de los casos). Así en el caso de la *Ley 4/2013, de 16 mayo, del patrimonio cultural de Castilla-La Mancha*, en cuyo artículo 33 «cambios de titularidad: supuestos especiales», establece:

«1. Los bienes incluidos dentro del catálogo del patrimonio cultural de Castilla-La Mancha que sean propiedad de la Administración regional o de las entidades locales serán imprescriptibles, inalienables e inembargables, salvo las transmisiones que puedan efectuarse entre las Administraciones públicas.»

En sentido similar en el artículo 44 de la *Ley 11/1998 del patrimonio cultural de Cantabria*; en el artículo 28 de la *Ley 9/1993, de 30 septiembre, de patrimonio cultural catalán*; en el artículo 28 de la *Ley 12/2002, de 11 julio, del patrimonio cultural de Castilla y León*; en el artículo 25.5 de la *Ley 2/1999, de 29 marzo, de patrimonio histórico y cultural de Extremadura*, sobre bienes declarados de interés cultural, bienes inventariados y bienes inmuebles registrados que sean propiedad de la Comunidad Autónoma; y asimismo en el artículo 30 de la *Ley 8/1995, de 30 octubre, del patrimonio cultural de Galicia*, sobre bienes declarados y catalogados propiedad de la Comunidad Autónoma o de las entidades locales, que serán imprescriptibles, inalienables e inembargables salvo las que se efectúen entre entes públi-

(6) El artículo 29 regula el carácter inalienable e imprescriptible de los bienes muebles integrantes del patrimonio histórico español que se han exportado sin la autorización requerida, salvo que el anterior titular acreditarse la pérdida o sustracción previa del bien y legalmente exportado, en cuyo caso le serán devueltos; y el artículo 34 regula la permuta de estos bienes muebles de titularidad estatal con otros Estados.

(7) Sobre la inalienabilidad de los bienes públicos culturales clasificados en Francia e Italia, *vid. MAGÁN PERALES, J. M.^a, La circulación ilícita de bienes culturales*, Valladolid, 2001, en concreto pp. 144, 151, 152, 154, 163-165.

cos territoriales. El artículo 40.4 de la *Ley 7/1990, de 3 julio, del patrimonio cultural vasco*, establece la inalienabilidad de «los bienes calificados» (equivalente a los bienes inmuebles o muebles de mayor protección, BIC), sin que se precise si se refiere solo a los muebles (en cuyo capítulo III se ubica este precepto) o también a los inmuebles, como a mi juicio procede ante la falta de mayor precisión por el legislador.

En el artículo 48 de la *Ley 1/2001, de 6 marzo, del patrimonio cultural del Principado de Asturias* no se alude a bienes catalogados o declarados sino a «los bienes integrantes del patrimonio cultural de Asturias que sean propiedad de la Administración autonómica son imprescriptibles e inalienables, salvo las transmisiones que se podrán efectuar entre Administraciones»; e igualmente en el artículo 29.1 de la *Ley 7/2004, de 18 octubre, de patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja*, sobre bienes pertenecientes al patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja que sean propiedad de la Comunidad Autónoma o de las entidades locales, por tanto refiriéndose a muebles e inmuebles aun cuando no estén declarados expresamente.

El artículo 42 de la *Ley 4/1999, de 15 marzo, el patrimonio histórico de Canarias* se refiere solo a los bienes muebles inventariados; y en sentido similar el artículo 22. 1, de la *Ley 3/2013, de 18 junio, del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid*, sobre los bienes muebles declarados de interés cultural de titularidad de la Comunidad de Madrid o de los municipios madrileños.

En definitiva en esta regulación autonómica, en algunos supuestos se especifica la inalienabilidad también para los bienes inmuebles, y en otros solo para los muebles, y en algunos casos se restringe la regulación estatal, en su artículo 28.2, pues en algunas leyes autonómicas solo se declaran inalienables los bienes catalogados o registrados o inventariados, y no todos que formen parte del patrimonio cultural de la Comunidad.

A la luz de esta regulación estatal y autonómica se plantea la necesidad de precisar los siguientes supuestos:

1.º inalienabilidad de bienes muebles: si es necesario o no que estén previamente catalogados o inventariados;

2.º inalienabilidad de bienes inmuebles. En este supuesto, a su vez, si se pueden incluir, de forma paralela al supuesto anterior, bienes inmuebles aun cuando no estén expresamente declarados de interés cultural.

2. INALIENABILIDAD DE LOS BIENES MUEBLES PÚBLICOS DE VALOR CULTURAL

El artículo 28.2 de la LPHE no restringe la prohibición de enajenación a los bienes muebles de las Administraciones públicas que expresamente se encuentren catalogados o inventariados, sino en general a los muebles con valor histórico o cultural, de conformidad con el artículo 1.1 LPHE (8). En este sentido se puede

(8) En el mismo sentido ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio histórico*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, Vol. II, p. 228, que además refiere un estudio sobre la inalienabilidad en derecho italiano y francés, pp. 231-243; y MAGÁN PERALES, J. M.ª, ob. cit., p. 257, nota 123. Sobre el doble carácter declarativo (del valor cultural) y constitutivo (de la tutela jurídica) de

mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2000 que desestima un recurso frente a la sentencia que declara la propiedad del Estado de un conjunto de azulejos del Palacio de Velada de Talavera (9) y en su aplicación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 octubre 2002, que declara la propiedad del Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada, sobre tres pergaminos (10). En ambos supuestos los tribunales aplican este precepto para impedir la enajenación de bienes muebles aun cuando no se encontraban inventariados o catalogados.

Se plantea entonces, en primer lugar, si resulta de aplicación la regulación más restrictiva de las Comunidades Autónomas, con una menor protección en la medida en que tal prohibición de enajenación se predica exclusivamente respecto de los bienes muebles que estén catalogados o inventariados.

La solución a la cuestión planteada definitiva depende de si la regulación estatal se considera de aplicación a las Comunidades Autónomas o si bien la materia es de la exclusiva competencia de estas.

la clasificación, *vid.* BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Cívitas-Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Madrid, 1990, pp. 255 ss, y 262 ss.

(9) Rec 1869/1995, FD 2.º «Consta en autos que el conjunto de azulejos adquirido en su día por el Ministerio de Educación y Ciencia incorporados en el tiempo en que se realizó la adquisición por compraventa a las paredes de una habitación del Palacio de Velada, datan del siglo XVII y son obra del alfarero R.L., a cuya memoria se construía un museo en Talavera de la Reina, museo al que se destinaba el conjunto de azulejos. Se trata, por tanto, de un bien integrado en el Patrimonio Histórico Español, de acuerdo con el artículo 1.2 de la Ley 16/1985, de 25 Junio, adquirido por el Estado y que está sujeto en su régimen jurídico a los preceptos de dicha Ley 16/1985, aunque no conste que hayan sido inventariados o declarados de interés cultural. Calificado ese conjunto de azulejos como bien mueble perteneciente al Patrimonio Histórico Español, es aplicable el artículo 28.3 de la citada Ley según la cual «los bienes a que se refiere este artículo serán imprescriptibles. En ningún caso se aplicará a estos bienes lo dispuesto en el artículo 1955 del Código Civil». Precepto que hace decaer la pretensión del demandado recurrente en casación de haber adquirido el bien litigioso por prescripción y conduce a la desestimación del recurso debiendo mantenerse el fallo de la sentencia recurrida si bien por fundamentos distintos».

(10) FD 3.º «... Llevadas estas disposiciones y su aplicación jurisprudencial al caso de autos, es evidente que la argumentación jurídica en la que se funda la sentencia de primera instancia para frustrar la acción real ejercida por el Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada, carece de fundamento alguno, al tratarse de documentos con un régimen jurídico especial y una singular protección legal, siempre y cuando los pergaminos objeto de litigio sean efectivamente los otorgados en su día a favor del expresado Concejo, y que figuran registrados en el inventario histórico y teniendo en cuenta también que el demandado no ha acreditado la propiedad de los documentos por un título válido diferente a la prescripción adquisitiva, ni tampoco que, por otro procedimiento igualmente válido, los referidos documentos hubieran sido legalmente adquiridos por sus causantes o poseídos por terceras en condiciones de haber obtenido la titularidad dominical de estos documentos. En conclusión, los referidos Privilegios figurarían registrados en el Inventario Municipal del año 1756, y como también certifica el secretario de la Corporación, no consta en los antecedentes del archivo municipal su cesión, enajenación ni cualquier acto relativo a los mismos durante todo este tiempo...»

FD 5.º: «...Teniendo en cuenta estas conclusiones, los argumentos y razonamientos que las sostienen no pueden aceptarse los argumentos del demandado, tal como los invocaba en su escrito de contestación y reitera en la impugnación a la sentencia, entendiéndose que existe identidad entre los instrumentos objeto de litigio y los registrados en el Inventario Municipal de la Ciudad de Santo Domingo de la Calzada, documentos que gozan de especial protección legal en la forma expuesta, resultando procedente el reconocimiento de su titularidad a favor de la Corporación demandante y su puesta a disposición de la precitada entidad local...»

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 17/1991 sobre la constitucionalidad de la LPHE, y la 122/2014, sobre la Ley 3/2013, 18 junio, del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, se pronuncian sobre esta cuestión. Las competencias del Estado en materia de protección del patrimonio histórico no se circunscriben a las enunciadas en el artículo 149, 1.28 Const. (11), ya que la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, por lo que hay una competencia estatal y la competencia autonómica, en definitiva una competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 149.2 Const. En este sentido el Tribunal Constitucional avala la competencia del Estado para establecer los tratamientos generales requeridos para la protección del patrimonio histórico español, entre los que se cuentan los principios institucionales que reclaman una definición unitaria, todo ello, según el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de que dicha intervención normativa no puede ir más allá de dicho objetivo (FJ 3.º de la STC 122/2014) y corresponde al Tribunal Constitucional verificar si los preceptos de la LPHE afectados regulan una sub-materia comprendida en alguna de las competencias estatales y en caso afirmativo comprobar si la norma autonómica impugnada en cada caso incide o no en ese sector material (FJ 4.º).

A partir de estos fundamentos constitucionales, a mi juicio la regulación estatal sobre inalienabilidad de los bienes muebles de Administraciones públicas, forma parte del tratamiento general requerido para la protección del patrimonio histórico español, de su definición unitaria, de forma que no resulta constitucional la regulación de las Comunidades Autónomas que predica la inalienabilidad de los bienes públicos muebles solo si están inventariados o calificados, pues afecta a esa regulación unitaria y general del patrimonio histórico español. Además, la enajenación de un bien mueble de la Administración autonómica o local que no se encuentre catalogado o inventariado, podría calificarse asimismo como

(11) La Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2013 de 6 junio declara la nulidad del precepto legal que declara bien de interés cultural documentación obrante en archivos de titularidad estatal radicados en territorio autonómico, en concreto del artículo único de la Ley 8/2004, de 22 diciembre, que introduce la disposición adicional séptima de la Ley 12/2002, de 11 julio, del patrimonio cultural de Castilla y León, en cuanto declara bien de interés cultural como colección la documentación recogida en el Archivo General de Simancas, el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, el Archivo General de la Guerra civil española con sede en Salamanca y en general todos los archivos históricos de titularidad estatal y de interés para la Comunidad de Castilla y León existentes en el territorio de esta. En el FJ 5.º se fundamenta que la Ley 8/2004 ha efectuado la declaración de bien de interés cultural de la documentación custodiada en determinados archivos de titularidad estatal sobre los que la competencia quedaba reservada al Estado en virtud el artículo 149. 1. 28 Const., lo que implica la atribución al mismo de la legislación, el desarrollo y la ejecución en relación con tales archivos, sin perjuicio de la posibilidad de atribuir la competencia de gestión a la Comunidad Autónoma en los términos que el propio Estado considere oportunos, y declara que tal precepto de la ley autonómica vulnera las competencias del Estado, porque con tal declaración se condiciona el libre ejercicio de las competencias estatales sobre la documentación referida, con lo que se produce un menoscabo respecto de estas, ya que con independencia de que la Comunidad Autónoma pueda ejercer funciones de gestión, atribuidas en virtud del convenio suscrito el 5 de junio de 1986, ni puede alterar unilateralmente el convenio, ni tiene más facultades normativas, ni puede dictar otras normas que los reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes, en la medida en que resulten necesarios para la organización administrativa, y no supone en consecuencia una mera sobreprotección a dichos fondos documentales, sino que menoscaba o perturba el lícito ejercicio de sus competencias por parte del Estado en cuanto a la regulación, disposición y gestión de sus archivos de su titularidad.

supuesto de expolio, y en consecuencia de la competencia del Estado en virtud del artículo 129.1.28 Const.

Como conclusión, los bienes públicos muebles que formen parte del patrimonio histórico o cultural, aun cuando no se encuentren catalogados o inventariados, pertenezcan al Estado, Comunidades Autónomas o entidades locales, son inalienables. Una vez más, merecería la pena que se clarificara al respecto la legislación de las Comunidades Autónomas (12).

3. INALIENABILIDAD DE LOS BIENES INMUEBLES DE TITULARIDAD PÚBLICA, CON VALOR CULTURAL

Como se ha referido, el artículo 28.2 LPHE regula la inalienabilidad solo de los bienes muebles públicos de valor cultural, por lo que resta por precisar qué ocurre con los inmuebles, si acaso es un olvido o la admisión de la enajenación de estos bienes, lo que parece carecer de sentido. Con carácter general los bienes que pertenezcan al patrimonio histórico español de titularidad pública, estarán afectos a un uso o servicio público, y constituirán en consecuencia dominio público inalienable (13), de conformidad con el artículo 6 de la Ley 33/2003 del patrimonio de las Administraciones públicas (14) y artículo 132 de la Const. En este sentido, la opción más razonable es considerar que el legislador da por sentada la inalienabilidad de los inmuebles, como a mi juicio resulta indiscutible, y solo se especifica, por eso, respecto a los muebles (15).

Así parecen haberlo interpretado las Comunidades Autónomas, ya que la gran mayoría ha regulado la inalienabilidad de los bienes públicos muebles o inmuebles de valor cultural. El supuesto, así no va a requerir de mayores argumentaciones.

En todo caso considero, de forma paralela a lo argumentado respecto a los muebles, que la prohibición les afectaría igualmente (16), aun cuando no ostentaran una declaración formal específica conforme a los artículos 9 ss. LPHE, tenien-

(12) Vid. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J, «Remodelaciones urbanas en conjuntos históricos y sus entornos», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 76, enero-abril 2010, pp. 121-187, en concreto pp. 166 ss, donde se estudia la legislación estatal y de las Comunidades Autónomas respecto a las remodelaciones de conjuntos históricos, en relación a sus competencias respectivas.

(13) En este sentido ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio histórico*, ob. cit., vol. II, p. 229. ALONSO IBÁÑEZ, M. R., *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Cívitas-Universidad de Oviedo, Madrid, 1992, pp. 256-257, considera un fundamento diferenciado respecto al del dominio público, pues la titularidad pública serviría mejor al objetivo de satisfacer las necesidades culturales, argumento que sin duda tiene un matiz de gran relevancia e interés.

(14) El artículo 6 de la Ley 33/2003, que tiene carácter de legislación básica en virtud de la DA 2.ª, 5 de la misma Ley, establece: «Principios relativos a los bienes y derechos de dominio público.

La gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios:

a) Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad...»

(15) En el FJ 14.º de la STC 166/1998, el Tribunal refiere que el título III de la LPHE (bienes muebles, en el que se ubica el artículo 28 referido) es de aplicación también a los inmuebles.

(16) FROMONT, M./BREUER, M., FASSBENDER, K., «Droit et financement de l'archéologie (Allemagne)», *Droit et financement de l'archéologie en Europe*, Sirey, Dalloz, Paris, 1998, 1-49, en concreto pp. 3 y 4, exponen cómo en Alemania, la inclusión en un inventario no tiene efecto de jerarquización, y los beneficios se derivan de su carácter como monumentos históricos o vestigios

do en cuenta que de conformidad con el artículo 1.º 2.º LPHE, integran el patrimonio histórico español todos los bienes inmuebles y muebles con interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico, y ello sin perjuicio de que los más relevantes, de conformidad con el apartado tercero de este artículo, sean inventariados o declarados de interés cultural. De hecho en la LPHE se otorga protección también a estos bienes que integran el patrimonio histórico o bienes con valor cultural, y que no cuentan con una declaración formal específica, como en los artículos 25 y 37 LPHE, referidos a la suspensión de obras de demolición total o parcial o de cambio de uso de inmuebles integrantes del patrimonio histórico español no declarado de interés cultural, o para impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra o intervención en un bien en el que se aprecie alguno de los valores a que hace mención el artículo 1.º de la Ley aunque no se haya producido la declaración de interés cultural (artículo 37, apartado segundo).

Ante la eventual existencia de bienes de notable valor histórico, artístico, arqueológico, científico, técnico o cultural, que no se encontraran formalmente afectados al uso o servicio público, la STC 166/1998, de 15 de julio, en su fundamento jurídico decimocuarto, *in fine*, refiere su inembargabilidad (17). Parece que el Tribunal Constitucional está refiriéndose exclusivamente a bienes muebles que integren la categoría de bienes patrimoniales que se hallen materialmente afectados a un uso o servicio público.

4. BIENES CULTURALES DE SOCIEDADES PÚBLICAS

En ambos casos, muebles e inmuebles, se está haciendo referencia a bienes que pertenezcan a las Administraciones públicas, por lo que surge también la obligada precisión de este concepto. *A priori* se ofrecen dos posibles interpretaciones, la primera formal, en virtud de la cual solo se predica respecto a las Administraciones territoriales y a la Administración institucional (organismos públicos que dependan de las Administraciones públicas de conformidad con la Ley 30/1992, en concreto en su artículo 2 que se refiere al ámbito de aplicación de esta Ley). En virtud de esta primera delimitación del concepto de Administración pública quedarían excluidos de esa prohibición los bienes que pertenezcan a sociedades públicas en manos de las Administraciones públicas. Sin embargo, como se ha referido, tanto en la legislación del Estado como en la de las Comunidades Autónomas, se limita la enajenación del patrimonio histórico público y se permiten solamente las transmisiones entre Administraciones públicas (18). De ello se deriva, a mi juicio, la

arqueológicos. *Vid.* como ejemplo el artículo 3 de la Ley de protección de bienes históricos de Baviera, de 25 de junio de 1973.

(17) «De otra parte, tampoco ofrece dificultad la diferenciación de los bienes patrimoniales respecto a aquellos bienes que están sujetos a una legislación especial... Por último, si se trata de bienes muebles de notable valor histórico, artístico, arqueológico, científico, técnico cultural, a la previsión respecto a su inventario del artículo 22 del reglamento de bienes de las entidades locales se unen las derivadas, en orden a su protección, de los preceptos de la Ley 16/1985, de 25 junio, del patrimonio histórico español y, en particular, de su título tercero, disposiciones también aplicables a los inmuebles».

(18) Sobre la posibilidad de permutas con otros Estados, *vid.* ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio histórico*, ob. cit., vol. II, pp. 218-221, requiriendo previa incoación de expediente de exportación.

prohibición de transmisiones de bienes culturales a sociedades públicas y que estas posteriormente los enajenen. En virtud de estos preceptos asimismo tampoco parece admisible que un organismo público pueda transformarse en sociedad y que integren su patrimonio bienes culturales que posteriormente puedan resultar enajenados, y ni tan siquiera, según mi criterio, para que permanezcan en manos de esa sociedad, puesto que eso supondría ya una primera transmisión del patrimonio cultural de una Administración pública –en sentido formal–.

En otro caso, si consideramos que sí resulta admisible que bienes culturales de organismos públicos o de Administraciones públicas territoriales formen parte del patrimonio de una sociedad pública, estaríamos entendiendo que la prohibición no le afecta, porque se trataría de una transmisión entre Administraciones públicas o en el seno de una Administración pública –concepto de Administración pública en sentido material–. Si esto es así, el resultado sería similar, dado que igualmente, los bienes de estas sociedades públicas consideradas como Administraciones públicas, serían inalienables. A mi juicio, sin embargo, la opción más apegada a la norma, a la Ley 30/1992 en interpretación conjunta con la LPHE y correspondientes preceptos de las normas autonómicas, es la de impedir que los bienes culturales salgan del patrimonio de las Administraciones públicas territoriales y de sus organismos públicos (19).

Sí resultaría admisible que una sociedad pública adquiriera con posterioridad bienes culturales, a los que no le resultaría de aplicación la prohibición estudiada, por lo que sí podrían enajenarse.

La siguiente duda que se podría plantear es, si con el objetivo de enajenar bienes culturales de las Administraciones públicas, sería posible su previa descatalogación. En cualquier caso se va a plantear a continuación el supuesto de descatalogación de los bienes del patrimonio histórico, sean públicos o privados, y tras esa exposición, podrá abordarse de forma conjunta la cuestión de la descatalogación de bienes culturales de las Administraciones públicas con la finalidad de su enajenación.

III. LA DESCATALOGACIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

1. LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA APLICABLE

El artículo 9.5 LPHE, establece que la declaración de un determinado bien de interés cultural quede sin efecto tras la tramitación por el organismo competente del expediente administrativo, iniciado de oficio o instancia del titular de un interés

(19) En el mismo sentido respecto al resto de bienes demaniales de las Administraciones públicas que han pasado a formar parte de sociedades públicas y se han enajenado con posterioridad: la nulidad solo se excluiría si esos bienes se hubieran desafectado antes de incluirlos en el patrimonio de la sociedad pública, ya que esto en sí mismo constituye una primera enajenación, anterior a la enajenación de los esos bienes que hayan podido realizar con posterioridad esas sociedades públicas. En este sentido *vid.* BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., «Permutas de bienes públicos locales», *Tratado de la compraventa*, Aranzadi, Pamplona 2013, pp. 1767-1774, en concreto pp. 1768 y 1769, en las que se estudia la desafectación del dominio público.

legítimo y directo del bien, que se acordará mediante Real Decreto previo informe favorable y razonado de alguna de las instituciones consultivas (20).

En la legislación de las Comunidades Autónomas se regula igualmente el procedimiento para dejar sin efecto la declaración de interés cultural, de forma paralela a la legislación del Estado, y requiere que se tramite el mismo procedimiento que para la declaración, de forma motivada, y sin que pueda ser causa determinante si el nuevo estado en que se encuentra el bien afectado se debe al incumplimiento de las obligaciones exigidas por la ley (21).

Así en el artículo 15 de la *Ley 7/1990 del patrimonio cultural del País Vasco*; en el artículo 17 de la *Ley 4/2013, de 16 mayo, del patrimonio cultural de Castilla-La Mancha*, que especifica que únicamente podrá dejarse sin efecto cuando hayan dejado de reunir los valores referidos en el artículo 1.2 (histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, etnográfico, industrial, científico, técnico, documental o bibliográfico de interés para Castilla La Mancha), con informe favorable previo de las instituciones referidas en el artículo 6.1 para el procedimiento de declaración, conforme a su artículo 14; el artículo 21 la *Ley 1/2001, de 6 marzo, del patrimonio cultural del Principado de Asturias* exige informe previo de dos de las instituciones consultivas para dejar sin efecto la delimitación o la modificación de la delimitación de su entorno de protección o a las determinaciones y criterios para su conservación, previo expediente con audiencia a los interesados y al Ayuntamiento correspondiente; el artículo 16 de la *Ley 2/2012 de protección del patrimonio cultural de Castilla y León* establece la necesidad de seguir los mismos trámites que para su declaración; el artículo 25 de la *Ley 4/1999 del patrimonio histórico de Canarias* –con el título de *desafectación* o modificación de su delimitación o de su entorno– requiere previo informe favorable de al menos dos de las instituciones consultivas y del Consejo Canario el Patrimonio Histórico; el artículo 11 de la *Ley 2/1999 del patrimonio histórico de Extremadura* –titulado *extinción* del carácter de bien de interés cultural– que exige la notificación y publicación siguiendo los mismos trámites y requisitos que la declaración, previo informe favorable y razonado de al menos dos de las instituciones consultivas previstas para la declaración, con notificación posterior a los interesados; el artículo 32 de la *Ley 9/1993, de 30 septiembre, de patrimonio cultural catalán* regula específicamente el derribo de inmuebles de interés nacional, que solo se podrá llevar a cabo si previamente se han efectuado los trámites necesarios para dejar sin efecto su declaración; en sentido similar en el artículo 16 de la *Ley 8/1995 del patrimonio cultural de Galicia*; o en el artículo 21 de la *Ley 11/1998 de patrimonio cultural de Cantabria*, que también requiere informe favorable de al menos dos de las instituciones asesoras reguladas para la declaración, y en su artículo 32 para dejar sin efecto la declaración de bien de interés local con regulación similar al artículo anterior; o el artículo 11.5 de la *Ley 12/1998 de patrimonio histórico de las Islas Baleares*; el artículo 23 de la

(20) Los artículos 16 ss. del Real Decreto 111/1986, de 10 enero, de desarrollo parcial de la LPHE, concreta la competencia del Estado, en el Ministerio de Cultura para los bienes integrantes del patrimonio histórico español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional.

(21) Sobre los supuestos de incumplimiento *vid.* BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J, «La conservación de los bienes culturales; deber de los propietarios y condiciones de restauración», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 291, julio-agosto 2014, pp. 173-186.

Ley Foral 14/2005, del patrimonio cultural de Navarra; el artículo 30 de la *Ley 4/1998 del patrimonio cultural valenciano*, con la previsión expresa en el artículo 72.2 de que los bienes integrantes de fondos de museos o colecciones declarados de interés cultural perderán esta condición cuando salieren con carácter definitivo del museo o colección de que se trate, salvo cuando fuere para pasar a formar parte de otros fondos museísticos declarados también de interés cultural, y también específica en su artículo 40.1, párrafo tercero, que la situación de ruina de un bien inmueble declarado de interés cultural a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley, no podrá servir de causa para dejar sin efecto dicha declaración, y asimismo en el artículo 20, al regular la prohibición de derribo, establece que los bienes inmuebles incluidos en el inventario general del patrimonio cultural valenciano no podrán derribarse, total o parcialmente, mientras está en vigor su inscripción en el inventario, y si esta quedara sin efecto, solo podrá otorgarse licencia de demolición, de acuerdo con lo establecido en la legislación urbanística, previa la exclusión del inmueble del correspondiente catálogo de bienes y espacios protegidos; y asimismo el artículo 21 de la *Ley 4/2007, de patrimonio cultural de la Comunidad Autónoma de Murcia*, respecto a los bienes declarados de interés cultural, en el artículo 28 respecto a los bienes catalogados por su relevancia cultural mediante resolución de la Dirección General, y en el artículo 31 el procedimiento para dejar sin efecto o modificar la declaración de bienes inventariados mediante resolución de la Dirección General siguiendo los mismos trámites que para la declaración.

Con carácter general, por tanto, se exige la tramitación de un procedimiento similar al establecido para su declaración, con informes previos de los organismos asesores y sin que resulte admisible como motivación, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley, supuesto que en Madrid se ha producido en el caso del Palacio de Sueca, en manos municipales tras su expropiación, algo inexplicable para un jurista, y que no permite su demolición en ningún caso al existir valores culturales en el edificio.

2. JURISPRUDENCIA SOBRE EL SUPUESTO: CARÁCTER REGLADO; MOTIVACIÓN; INFORMES PREVIOS DE ORGANISMOS ASESORES; MEDIDAS CAUTELARES

Existe una jurisprudencia interesante en la aplicación de este supuesto, que en síntesis, viene a calificar la descatalogación (de forma paralela y a consecuencia de tal calificación en el caso de catalogación) como actuación reglada de la Administración, exigiendo en definitiva una motivación específica, además de los informes previos de los organismos asesores, como se detalla a continuación.

A. La catalogación y descatalogación como actuación reglada de la Administración

La sentencia que de forma más clara aborda la cuestión y ha marcado la resolución de casos posteriores, es la STS de 21 de abril de 2010, Recurso núm. 1492/2006, ponente Peces Morate, que con base en sentencias anteriores del Alto Tribunal, fun-

damenta que la catalogación y descatalogación son regladas, si se dan determinados valores la Administración declarará el bien con la figura más idónea, y que no puede quedar a merced de cualquier contingencia o nuevos criterios de oportunidad para atender otros intereses, aun cuando sea para facilitar su reforma o adaptarlo a un nuevo uso que se pretenda implantar; si hay elementos protegidos se deben dotar del nivel de protección que mejor sirva a los fines previstos en la Ley de patrimonio histórico español 16/1985.

Esta importante sentencia conoce del recurso contra la Orden de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León de 20 de enero de 2003 por la que se aprobó definitivamente la modificación del plan especial del centro histórico de Burgos, que afecta a dos edificios y por la que se pretende alterar su nivel de protección, y el recurso es interpuesto en ejercicio de la acción pública, que el Tribunal Supremo reconoce en el fundamento de derecho primero, ya que «es evidente que la nulidad declarada comporta que no se degrade el nivel de protección de unos edificios que pertenecen al patrimonio arquitectónico y cultural de la ciudad en que residen los propietarios que se integran en la comunidad de propietarios demandante». La Administración alegaba el carácter discrecional para otorgar protección a los edificios. El Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho tercero, en primer lugar resuelve que «no es discrecional sino que viene impuesto por las propias características de los elementos merecedores de protección, que, como concepto jurídico indeterminado, requiere que sea aquel nivel que resulte más idóneo al fin pretendido por la ley, que no es otro que preservar y conservar el patrimonio artístico y cultural. En este caso, los edificios se catalogaron en el planeamiento anterior como merecedores de protección estructural sin que se haya demostrado que tal grado de protección estuviese equivocado puesto que las razones, tenidas en cuenta en su día para establecerlo, subsisten y no se ha justificado que fuesen erróneas, como se deduce de la prueba pericial practicada y debidamente valorada por la sala de instancia».

En el mismo fundamento especifica:

«Debemos aclarar y precisar ahora que la catalogación de los edificios o inmuebles y su grado de protección es materia reglada, al ser un deber de la Administración señalar aquel nivel de protección que mejor sirva a los fines previstos en la Ley de patrimonio histórico español 16/1985, de 25 de junio, como esta Sala del Tribunal Supremo indicó en su sentencia de 23 de diciembre de 2008 (recurso de casación 5777/2004, fundamento jurídico sexto) al expresar, categóricamente, que la catalogación tiene un carácter reglado, y, de forma más genérica, también en la sentencia de 4 de septiembre de 2006 (recurso de casación 2569/2003).

«Decimos que es reglada la catalogación porque, si hay elementos protegidos, la Administración necesariamente debe conferir al inmueble el nivel o grado de protección idóneo o adecuado a sus características, de forma análoga o equivalente a lo que sucede con el suelo de especial protección.

«La única razón que las Administraciones demandadas ahora recurrentes en casación, aducen para justificar la degradación del nivel de protección es de oportunidad con el fin de facilitar su reforma o adaptación para el uso que con un determinado proyecto se trata de implantar, lo que no justifica, en absoluto, la desaparición de elementos estructurales merecedores de protección, cuya conservación podrá hacer más compleja o costosa, pero no imposible, una utilización racional que, como postula el Ayuntamiento, haga rentable su mantenimiento.

«La preservación del patrimonio artístico y cultural español no puede quedar a merced de cualquier contingencia, cual es, en este caso, la obtención de un concreto equipamiento por muy necesario que sea.»

Siguiendo esta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, se debe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, recurso de casación 4983/2011, ponente Lecumberri Martí, sobre el teatro Albéniz en Madrid, en concreto respecto al escrito dirigido a la Consejería de Cultura y Deportes de la Comunidad para la declaración del teatro Albéniz como bien de interés cultural con la categoría de *Monumento*, que fue rechazada mediante Resolución del Director General del Patrimonio de 27 de junio de 2007 y confirmada en alzada mediante Orden del Consejero de Cultura y Turismo de la Comunidad de Madrid de 22 de octubre de 2007, con base –la Orden– en que supone el ejercicio de una potestad discrecional. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la previa Sentencia de 15 de junio de 2011, recurso 734/2007, ponente Huet de Sande, recurrida después en casación ante el Tribunal Supremo, contiene argumentaciones de especial relevancia y precisión respecto al supuesto que se estudia. Así, consideró (FD 5.º) que «la declaración de un bien de interés cultural no supone el ejercicio por parte de la Administración de una potestad discrecional, como sostiene la Administración demandada, sino de una potestad reglada, como reglado es el acto final de declaración de bien de interés cultural. Lo que ocurre es que la potestad administrativa se encuentra en este caso legalmente definida mediante conceptos jurídicos indeterminados, que no es lo mismo que potestad discrecional». El Tribunal Superior de Justicia argumenta que los conceptos jurídicos indeterminados serán integrados por la Administración con el correspondiente margen de apreciación a través del correspondiente expediente «pero si se concluye que se dan las características legalmente definitorias de un bien como bien de interés cultural, la Administración no puede optar por declararlo así o no por criterios de oportunidad, sino que necesariamente habrá de efectuar la declaración de bien de interés cultural prevista en la Ley. Una cosa es el margen de apreciación del que está dotada la Administración para integrar el concepto jurídico indeterminado formado por juicios de valor o técnicos (reunir «de forma singular y relevante» «interés cultural, artístico, arquitectónico, arqueológico», etc.) y otra bien distinta que este margen de apreciación en la integración del concepto suponga el ejercicio de una potestad discrecional.

«Y otro tanto ocurre con la decisión de incoación del procedimiento de declaración como bien de interés cultural, decisión de incoación en la que la Ley tampoco se remite a criterios de oportunidad o a juicios subjetivos de la Administración». Considera el Tribunal Superior de Justicia que si «se dan los elementos legales definitorios de un bien como «bien de interés cultural», está obligada a incoar el procedimiento» y así lo deriva el Tribunal del artículo 10. 1 de la Ley 16/1985: «el organismo competente decidirá si procede o no la incoación», de forma que según su argumentación «si tales circunstancias suficientes concurren, el procedimiento habrá de ser incoado» y concluye que no se trata del ejercicio una potestad discrecional sino reglada.

En este mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de fecha 15 de abril de 2014, número de recurso 167/2012, ponente Ortuño Rodríguez, que califica la catalogación como reglada, sin que conste motivación clara en la catalogación ni en el informe en que se basó el Tribunal de instancia para descatalogarlo, por lo que Tribunal Superior de Justicia pidió

una nueva pericial judicial y concluye que concurren elementos histórico-artísticos a proteger, al margen de circunstancias de oportunidad política que sin duda rodearon la protección del inmueble. El recurso se refería al edificio central de GESA en Palma de Mallorca que había sido declarado por el Consejo Insular como bien catalogado en 2007, con base en informes técnicos y jurídicos, y contra el referido acuerdo se presentó recurso que fue estimado por el Juzgado Contencioso núm. 1 de Palma de Mallorca, anulando el acuerdo de declaración de tal edificio como bien catalogado. El juzgador de instancia había partido también efectivamente del carácter reglado de la catalogación de edificios y su grado de protección de acuerdo con la sentencia referida del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2010, pero confirió mayor credibilidad a la prueba propuesta por el Consejo Insular de Mallorca. El Tribunal Superior de Justicia, en aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2010, referida, se funda en «el carácter reglado de la protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico por parte de los poderes públicos, y al margen de los instrumentos mediante los cuales logren esta tutela, que pueden ser tanto instrumentos de planeamiento... como también la declaración como bien de interés cultural o catalogado. El uso de una forma de materialización del deber de garantía constitucionalmente consagrado no excluye la otra... existe una vinculación positiva de los poderes públicos en aras del cumplimiento del deber de garantía del patrimonio histórico, debiendo proteger mediante la figura que más se adecue a sus condiciones, todos los elementos acreedores de esa consideración, y una vinculación negativa ante las consecuencias que esta protección produce sobre el derecho de propiedad, no debiendo ni pudiendo incluir como bienes del patrimonio histórico aquellos que no reúnan los valores legalmente exigidos», argumentación del Tribunal que responde a la alegación de la recurrente que interpretaba la sentencia citada del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2010 en el marco de la materia de planeamiento urbanístico y no al margen del instrumento de ordenación urbana como en este caso, mediante una resolución autónoma e independiente de tutela de un bien integrante del patrimonio histórico insular. Una vez que la Sala entendió que el juzgador de instancia se había basado como único argumento en el dictamen pericial de parte, que a juicio del Tribunal Superior de Justicia, por sí solo, no revestía entidad acreditativa suficiente imparcial ni concluyente, la Sala decidió la práctica de una prueba pericial académica designada judicialmente, y mediante el dictamen pericial consideró que se había acreditado su valor histórico-artístico con carácter relevante, y en consecuencia estima el recurso de apelación interpuesto por el Consell Insular.

Asimismo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014, recurso número 3058/2012, ponente Suay Rincón, frente a la argumentación de la recurrente, resuelve que la discrecionalidad del planificador urbanístico tiene límites en el ordenamiento jurídico, en concreto en los elementos catalogados del patrimonio histórico, por lo que desestima el recurso de casación frente a la sentencia de instancia que argumentaba que solo razones de interés público justificadas y relevantes pueden llevar a hacer desaparecer elementos protegidos, y ello de conformidad con la jurisprudencia que cita del Tribunal Supremo, en concreto sentencia mencionada del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2010, y concluye el Tribunal Supremo que «la potestad de planeamiento municipal en lo referido a la protección del ámbito concernido aparecía, en aquel momento, precisamente, como «un deber administrativo de inexorable cumplimiento», por lo que la Sala de

instancia acertó al considerar que los límites que circunscriben el ejercicio de la misma habían sido desconocidos por la Administración urbanística:

«En efecto, con ser de indudable amplitud la discrecionalidad que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración urbanística en punto al ejercicio y desarrollo de las potestades de planeamiento que igualmente dicho ordenamiento le confiere, el planificador no goza de una libertad omnímoda y la referida potestad está también sujeta a los límites asimismo establecidos por el ordenamiento jurídico, de tal manera que, en lo que al supuesto de autos atañe, estaba vinculada a las medidas protectoras del patrimonio adoptadas por la Administración cultural vigentes al tiempo de acordarse la aprobación definitiva del plan, al régimen jurídico dispuesto para tales medidas por la propia legislación autonómica y a las consecuencias, en fin, dimanantes de dicho régimen jurídico».

En definitiva se está anudando la exigencia de motivación al carácter reglado de la decisión de la Administración pública tanto para la catalogación como para la descatalogación.

B. Exigencia de motivación suficiente

En concreto la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2009, recurso núm. 898/2005, ponente Yagüe Gil, conoce el recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de noviembre de 2004, que resuelve el recurso contra un Decreto de la Diputación Foral de Álava que aprobó definitivamente la revisión de un plan general de Victoria Gastéiz que aprobaba la catalogación de una casa chalet en la calle Manuel Iradier y la incluía en el catálogo de edificios protegidos aprobado con la revisión del plan general de ordenación urbana de dicho municipio. El Tribunal confirma la Sentencia de la Sala de instancia, considerando que los acuerdos impugnados no carecen de motivación suficiente, constando en el expediente administrativo un estudio individualizado del inmueble con una descripción pormenorizada de los valores arquitectónicos e históricos que resultaron determinantes para su catalogación, y a dicha motivación le une que la edificación había sido catalogada y protegida en los planes generales anteriores al ahora impugnado.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de abril de 2011, recurso número 924/2009, ponente Ruiz Ruiz, conoce el recurso frente al Decreto de declaración de bien de interés cultural que rebaja la protección del palacio Guardamino en el casco histórico de Areatza en Vizcaya. El Tribunal analiza la naturaleza del decreto recurrido, considera en su fundamento jurídico cuarto que tiene naturaleza de disposición general, frente a la naturaleza de acto administrativo del decreto de descalificación, ya que innova el ordenamiento jurídico introduciendo una pieza nueva en el mismo, mientras que la descalificación constituye un acto que se agota en sí mismo, sin vocación general y capacidad para generar sucesivos actos de aplicación. Y, añade, si bien el artículo 54 de la Ley 30/1992 no es de aplicación a una norma cuando exige motivación, argumenta que en este caso es singular y relevante que el decreto impugnado es modificación de otro anterior en el que se calificó como bien cultural con la categoría de conjunto monumental el casco histórico de Areatza, de forma que si bien el decreto recurrido no era la resolución del expediente de desafectación, implícitamente se plasmó en el decreto la exclusión de autorización

de desafectación solicitada, y respecto a la alegación en la demanda de ausencia de motivación, la desestima el Tribunal, pues no puede considerarse «ausente de justificación la consideración y conclusión que se desprende del Decreto recurrido en relación con el ámbito vinculado al Palacio Guardamino, de lo que fue en su día el jardín, por más que actualmente está en estado de abandono, de alteración, de ausencia de elementos botánicos, incluso con intervención pública... sin que en este proceso haya sido objeto de enjuiciamiento la inactividad sobre el inmueble tras la calificación... en relación con las potestades y obligaciones que la Ley del patrimonio cultural recoge tanto en relación con la propiedad como con el Ayuntamiento como respecto a la Diputación Foral de Vizcaya...».

Considera que sí existe motivación suficiente para la desafectación acordada, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 7 de agosto de 2006, recurso número 1043/2003, ponente García Otero, contra el Decreto del Presidente del Gobierno de Canarias por el que se desafectó parcialmente el teatro Pérez Galdós de Las Palmas de Gran Canaria, que ostenta la declaración de bien de interés cultural con la categoría de *monumento* desde el año 1994, dentro del conjunto histórico de Vegueta-Triana. El Tribunal considera que existe motivación conforme al artículo 54.1, f) de la Ley 30/1992, referido a la obligación de motivación de las actuaciones discrecionales de la Administración pública, argumentando que «en cuanto a la posible desafectación de un bien catalogado como de interés cultural, no existe objeción para que, por razón del devenir temporal o por otras razones, la protección a través de la correspondiente declaración no pueda ser eliminada o modificada, pues dicha protección no puede entenderse para siempre como algo estático e inmutable. El propio legislador ha sido consciente de ello al regular el procedimiento y requisitos para la desafectación, lo que despeja cualquier duda al respecto. Es precisamente la ley, el procedimiento establecido para la desafectación, la necesidad de informes preceptivos, el trámite de información pública, la intervención de distintas Administraciones, la necesidad de una resolución final que exteriorice la voluntad de la Administración competente a la vista de los informes y las alegaciones, y, en definitiva, el control judicial posterior, lo que evita que pueda considerarse la posibilidad de desafectación como una patente de corso o como un precedente peligroso, debiendo contemplarse como una potestad administrativa sometida a especial vigilancia y control, con la finalidad de extremar las garantías y control de la actuación administrativa».

C. Informes previos de organismos asesores

Un caso de la aplicación de esta exigencia se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2012, ponente Peces Morate, recurso núm. 2114/2008, que desestima el recurso contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de febrero de 2008, recurso 1475/2005, contra la Resolución de 12 de marzo de 2005 de la Comisión de urbanismo y ordenación del territorio Asturias, que desestima a su vez el recurso de reposición frente al anterior acuerdo de aprobación definitiva de las normas subsidiarias del planeamiento de Coaña, en lo relativo al régimen de protección arqueológica que se le atribuyó a una finca propiedad del demandante que se encontraba en el inventario de la *carta arqueológica* de Asturias (conocido como *túmulo de Coaña*). El Tribunal Superior de Justicia aplica el artículo 21 de la Ley del patrimonio cultural del Principado, y

resolvía que sin haber procedido previamente a la descatalogación del mismo o al menos a la reducción del entorno protegido, la normativa urbanística debe necesariamente someterse a lo que resulta de dicha legislación sectorial. El Tribunal Supremo confirma que el régimen de protección arqueológica vincula a los planes urbanísticos y que solo se puede suprimir mediante la descatalogación de conformidad con el artículo 21 de la Ley del patrimonio cultural del Principado, y en este caso el bien estaba incluido en la *carta arqueológica* de Asturias como *inventariado*, por lo que las normas subsidiarias no podrían suprimir ese régimen de protección en tanto en cuanto no fuesen «desinventariados» por la Administración sectorial competente, en este caso la Consejería de Educación y Cultura, de forma que el procedimiento necesario para la desprotección del bien es sustancialmente distinto e independiente del de aprobación de las normas subsidiarias de planeamiento, razón por la que el recurrente debió promover primero la incoación de dicho específico procedimiento de descatalogación ante el departamento de Cultura, para después exigir la eliminación de su protección en la ordenación urbanística.

Hay dos sentencias de tribunales superiores de justicia, que resuelven de conformidad con el informe previo del departamento de cultura correspondiente, en sentidos opuestos. En un caso, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de enero del año 2002, recurso número 1062/1998, ponente Juana Soler, desestima el recurso, ya que consta el informe del Departamento de Cultura de la Generalidad, desfavorable a la descatalogación promovida por el Ayuntamiento de Mataró, por lo que no puede prosperar la pretensión de anular la resolución del Consejero de Cultura que desestima el recurso ordinario interpuesto contra el acuerdo de la Comisión del patrimonio cultural informando desfavorablemente la descatalogación del edificio Can Melgá de Mataró.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de junio de 2001, recurso número 41/2001, ponente De Mateo Menéndez, desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de El Escorial, contra la Sentencia que estimó el recurso formulado contra el Acuerdo de 20 de julio de 2000 del Pleno del Ayuntamiento de El Escorial por el que se deniega la aprobación inicial de la modificación puntual de las normas subsidiarias de planeamiento sobre descatalogación del edificio en las calles Iglesias y Santísimo Sacramento de El Escorial. La sentencia recurrida estima el recurso con base en el artículo 24 de la entonces vigente Ley 10/1998 del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, al considerar que el informe favorable a la descatalogación del edificio del órgano competente en la materia de la Comunidad de Madrid, tiene carácter vinculante. El Tribunal Superior de Justicia con base en este precepto, confirma el carácter vinculante en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos, y como en este caso «existe un informe de la Dirección General del Patrimonio Histórico Artístico de la Comunidad de Madrid favorable a la descatalogación del edificio, y al ser dicho informe vinculante,... se debe continuar la tramitación de la modificación puntual de las normas subsidiarias de planeamiento sobre descatalogación del edificio... además, se debe poner de manifiesto que el Ayuntamiento apelante se aparta de manera no motivada de dicho informe basándose en un informe emitido por un historiador (22)».

(22) Esta sentencia parece un buen ejemplo de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el carácter reglado de la catalogación y descatalogación, ya que parece que el Tribunal

D. Ponderación en medidas cautelares

Por último, considero relevante hacer mención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009, recurso número 5125/2007, ponente Peces Morate, que resolvió que procede la suspensión de la aprobación de la modificación puntual de planeamiento, porque afecta a un bien de interés cultural, lo que supone desprotección, sin que se haya acreditado la necesidad de urgencia de intervención para la construcción de un hospital.

IV. TESIS FINAL SOBRE DESCATALOGACIÓN DE BIENES CULTURALES PÚBLICOS, PREVIA A SU ENAJENACIÓN

En principio parece que también se respondió *supra* de forma negativa a esta posibilidad, teniendo en cuenta que la prohibición de enajenación, según se ha visto, se predicaría también respecto a los bienes muebles o inmuebles, del patrimonio histórico (de valor cultural), aun cuando este no estuviera inventariado o catalogado, por lo que, en el caso de un bien cultural público descatalogado, salvo en supuestos extremos en los que la catalogación se haya producido por error (23), normalmente seguirán concurriendo valores referidos en el artículo 1.º LPHE, y en consecuencia, a mi juicio, seguiría siendo patrimonio inalienable, con base en el artículo 28.2 LPHE, referido a los bienes muebles, tal y como sido efectivamente aplicado por la jurisprudencia citada, y de la misma forma, a mi juicio, teniendo en cuenta la argumentación expuesta *supra*, igualmente respecto a los bienes inmuebles.

Como se ha expuesto, la descatalogación de un bien cultural o inventariado está configurado en el ordenamiento jurídico como algo extraordinario, en el sentido de excepcional. Sería posible pensar en un supuesto de error en la catalogación o falta de motivación en la catalogación, pero no parece admisible utilizar este procedimiento como forma de obtención de ingresos por parte de las Administraciones públicas, mucho menos cediendo a intereses urbanísticos o de otra índole de carácter privado. En todo caso, como la LPHE impide la enajenación no solo de los bienes de titularidad pública declarados o catalogados sino los que tengan valor cultural, ni tan siquiera en el caso de error en la valoración singular o extraordinaria del bien como de interés cultural o por pérdida del valor singular cultural, resul-

no aprecia motivación suficiente para su catalogación y en consecuencia considera que procede la descatalogación. Al margen del caso concreto de la sentencia, en el que consta la falta de motivación al separarse de un informe previo del órgano competente de la Comunidad, a mi juicio, el precepto citado de la Ley autonómica, lo que imponía es que la Comunidad, a través del informe vinculante, pudiera impedir planes, programas o proyectos *que impliquen riesgo de destrucción o deterioro* del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, y no cuando un Ayuntamiento aprecie valores históricos para catalogar, o no descatalogar que viene a ser lo mismo, si consta, claro está, una motivación clara, lo que al parecer carecía el caso concreto.

(23) SORO MATEO, B., «La desclasificación de bienes culturales. Pérdida de valores, error o desviación de poder», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, 2013, pp. 241-285, en concreto pp. 279 ss, único estudio específico sobre el tema, también sobre los supuestos de error, que requerirían en su caso revisión de oficio (p. 283) y refiere los supuestos de catalogación como discrecionalidad técnica (pp. 257-258).

taría admisible la enajenación por las Administraciones públicas de un bien del patrimonio histórico si permanecen valores históricos o artísticos propios de estos bienes, aunque no merezca una catalogación de interés cultural o inventario.

Se puede concluir por tanto que la descatalogación de bienes públicos con la finalidad de obtener rentabilidad económica por parte de las Administraciones públicas resulta contraria al ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta además la jurisprudencia que califica el supuesto como de actuación reglada de las Administraciones públicas tanto para la catalogación como para la descatalogación (24).

V. UNA CATALOGACIÓN DISCRECIONAL CARENTE DE MOTIVACIÓN: LA DECLARACIÓN DE LA TAUROMAQUIA COMO BIEN DE INTERÉS CULTURAL

La *Ley estatal 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural* publicada en el BOE de 13 noviembre 2013 considera que la *tauromaquia forma parte del patrimonio histórico y cultural común de todos los españoles, que merece ser preservado como un tesoro propio de nuestro país, como manifestación artística en sí misma desvinculada de ideologías, en la que se resaltan valores profundamente humanos como pueda ser la inteligencia, el valor, la estética, la solidaridad o el raciocinio como forma de control de la fuerza bruta, y forma parte de la cultura tradicional y popular, siendo uno de los puntos de referencia a partir del cual las iniciativas de la sociedad se enmarcan en un contexto configurado de la identidad nacional propia*, y también considera que *existe un consenso en la aceptación mayoritaria del carácter cultural, histórico y tradicional de la tauromaquia como parte esencial del patrimonio histórico, artístico, cultural y etnográfico de España*, que es responsabilidad de los poderes públicos asegurar la tauromaquia y el respeto hacia ella, por lo que afirma que la tauromaquia es cultura, es patrimonio cultural, y, de conformidad con el artículo 44 Const., los poderes públicos deben promover y tutelar el acceso a la cultura, garantizar su conservación y promover su enriquecimiento, como competencia del Estado en virtud del artículo 149.2 Const., y la ley delimita la *tauromaquia como parte del patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional*. Una vez realizadas estas grandilocuentes afirmaciones en el preámbulo de la Ley y en su artículo 2, en el artículo 3 se establece el deber de protección de la tauromaquia por parte de los poderes públicos; y en el artículo 5 medidas de fomento y protección de la tauromaquia en el ámbito de la Administración General del Estado, como la aprobación de un plan de nacional que recogerá medidas de fomento y protección de la tauromaquia garantizando el libre ejercicio de los derechos inherentes a la misma.

(24) BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, ob. cit., pp. 295 ss, expone de forma detallada y con base en la jurisprudencia y doctrina, española e italiana, cómo el carácter reglado, al contener conceptos jurídicos indeterminados necesitados de juicios o conocimientos elaborados por otras disciplinas, puede calificarse como *discrecionalidad técnica*, bien entendido que no es un verdadero supuesto de discrecionalidad, pues existe una única solución válida en Derecho, carente de voluntad en la actuación de la Administración.

En realidad esta Ley estatal no puede declarar la tauromaquia como bien interés cultural, porque no es de su competencia, de conformidad con la distribución de competencias a tenor de los artículos 148.1, Decimosexta, y 149.1, 28.^a (exportación y expoliación, museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, todo ello de conformidad con la STC 17/1991), sino de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta que no constituye expolio y que excedería del artículo 6, b) LPHE, puesto que no se trata de bienes integrantes del patrimonio histórico español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional.

Se trata por tanto de una peculiar ley del Estado que no puede declarar el interés cultural de un bien y sin embargo lo califica como *patrimonio cultural de todo un pueblo*, lo que a mi juicio resulta ajeno a las competencias del Estado sobre patrimonio histórico, y ello al margen de que formalmente no hay, porque no puede haberla, una declaración como bien de interés cultural. Si no es competente para declarar formalmente un BIC, no creo que lo sea para su declaración material, como efectivamente hace.

Efectivamente han sido diversas Comunidades Autónomas las que han procedido a declarar la tauromaquia como bien de interés cultural, así el Decreto de Madrid 20/2011, que lo califica como *arte, identidad del pueblo, digno de conservación para las generaciones futuras*, o el Decreto de Castilla-La Mancha de 26 de diciembre de 2011, que considera que *reúne los valores históricos para gozar de protección de los bienes de interés cultural*, o el Decreto 25/2011 de Murcia, y el Acuerdo 32/2014, de la Junta de Castilla y León. Los Decretos regionales de Madrid y Murcia fueron impugnados en recursos contenciosos administrativos y resueltos por sentencias de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia.

En concreto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 11 de abril de 2014, recurso 425/2011, ponente Espinosa de Rueda Jover, desestima el recurso contra el Decreto que declara bien de interés cultural inmaterial la fiesta de los toros en la Región de Murcia, al considerar, fundamento derecho 6.º, que la Ley 18/2013 estatal da cobertura al Decreto regional, y la Administración pública ha considerado su protección en uso de sus facultades.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 21 de noviembre de 2012, recurso 519/2011, ponente González Gragera, puede suponer, a mi juicio, una quiebra en la regulación y la jurisprudencia expuestas *supra*, y ello posiblemente se justifica ante el singular supuesto del que trata, la declaración como bien de interés cultural de la fiesta de los toros en la categoría de hecho cultural, en la Comunidad de Madrid. En su fundamento derecho 5.º el Tribunal Superior fundamenta que la catalogación de bien de interés cultural es discrecional y solo es controlable en sus elementos reglados y presupuestos de hecho para el ejercicio de tal actividad, sin que aprecie conculcación de preceptos formales:

«En definitiva, en el Decreto impugnado se evidencia que se está ejerciendo una opción discrecional al entender la Comunidad de Madrid, interpretando el sentir de una parte de la sociedad, que la fiesta de los toros es merecedora de esta figura de protección. Con ello no se está ejerciendo una protestad reglada sino discrecional, que no puede ni debe ser sustituida por la discrecionalidad que correspondería elegir a la entidad recurrente, ni tampoco a la que pudiera mantener este

órgano judicial, que solo puede efectuar sus pronunciamientos sobre la base del derecho y no de la oportunidad o conveniencia según su particular entendimiento.

«Ello no quiere decir que en el ámbito discrecional no rige el principio de legalidad ni esté presente la posibilidad de control de los tribunales, sino que tal control no puede efectuarse del modo en que muchas veces es normal, a través de la simple confrontación de los hechos con previsiones normativas de carácter detallado y preciso, sino que más bien lo que ocurre es que, solo la conculcación de los principios generales del derecho así como otras irregularidades genéricas como la desviación de poder, podrían provocar la anulación por los órganos jurisdiccionales de las disposiciones de esta índole. Por supuesto, como en toda potestad discrecional, siempre serían revisables por los tribunales, tanto la concurrencia de los presupuestos de hecho para el ejercicio de la potestad como sus elementos reglados.

«En definitiva no se aprecia que se infrinjan preceptos formales ni de otro tipo ni tampoco se aprecia que concurra desviación de poder, puesto que la potestad se ha utilizado precisamente para lo que la misma ha sido prevista en el ordenamiento jurídico (esto es, para declarar un bien, en este caso inmaterial, como de interés cultural), y por ello, dado que el contenido mismo de la decisión discrecional no es revisable por los tribunales ni puede sustituirse por el criterio de estos, debe confirmarse la disposición impugnada.»

A mi juicio, esta Sentencia no sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada: carácter reglado de la decisión de la Administración, de forma que si concurren los valores histórico-artísticos, debe ser protegido el bien, y al mismo tiempo, si están ausentes, debe ser descatalogado. Sin embargo esta sentencia alude al carácter discrecional de la catalogación.

Bajo mi perspectiva, resulta muy discutible que pueda calificarse la tauromaquia o la denominada fiesta de los toros como bien de interés cultural, como un hecho reglado por parte de la Administración. Asimismo como hipótesis jurídica, también resultaría ciertamente complejo que en su día pudiera motivarse la descatalogación como reglada de ese bien de interés cultural, esto es, habría que justificar la pérdida de unos valores previamente existentes o llegado el caso el error en la catalogación, lo que resultará ciertamente *extraño* –al mundo jurídico– teniendo en cuenta que en estas dos Comunidades al menos, Murcia y Madrid, existen sentencias que han apreciado la adecuada catalogación del bien de interés cultural de la fiesta de los toros.

Y es que a mi juicio la quiebra de la jurisprudencia en este caso se produce porque difícilmente resulta subsumible en la categoría de bien de interés cultural la *fiesta de los toros*, y de ahí las forzadas referencias grandilocuentes que realizan los Decretos de declaración de las Comunidades Autónomas como bien interés cultural. Una ilegal estrategia política, para dar cobertura a criterios de oportunidad política, que posiblemente, teniendo en cuenta la regulación y jurisprudencia expuestas, no tiene cabida en nuestro ordenamiento, y ello con independencia del criterio político de mantener o prohibir la *fiesta de los toros*, a propósito del cual se urdió esta actuación estatal y de las Comunidades Autónomas citadas. Como se ha expuesto, con fundamento en la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada más autorizada, la catalogación (y la descatalogación) no es un supuesto de discrecionalidad, no estamos en presencia de decisión o voluntad por la Administración sino decisión reglada o en su caso de *discrecionalidad técnica* que solo requiere juicio o conocimientos por otras disciplinas, controlable por los Tribunales. En este

caso, a mi juicio, parece más bien una decisión que implica voluntad, de carácter discrecional, como efectivamente argumenta la STSJ Madrid, citada sobre el Decreto que declara BIC la *fiesta de los toros*, pero cuyo problema radica precisamente ahí, en que no cabe en la catalogación decisiones discrecionales de la Administración, como doctrina y jurisprudencia han precisado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio histórico*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, Vol. II.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. R., *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Cívitas-Universidad de Oviedo, Madrid, 1992.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Cívitas-Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Madrid, 1990.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., «Remodelaciones urbanas en conjuntos históricos y sus entornos», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 76, enero-abril 2010, pp. 121-187.
- «Permutas de bienes públicos locales», *Tratado de la compraventa*, Aranzadi, Pamplona 2013, pp. 1767-1774.
- «La conservación de los bienes culturales; deber de los propietarios y condiciones de restauración», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 291, julio-agosto 2014, pp. 173-186.
- FROMONT, M./BREUER, M., FASSBENDER, K., «Droit et financement de l'archéologie (Allemagne)», *Droit et financement de l'archéologie en Europe*, Sirey, Dalloz, Paris, 1998, 1-49.
- MAGÁN PERALES, J. M.^a, *La circulación ilícita de bienes culturales*, Valladolid, 2001.
- SORO MATEO, B., «La desclasificación de bienes culturales. Pérdida de valores, error o desviación de poder», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, 2013, pp. 241-285.