

A vueltas con el control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico. Aportaciones para el debate

Mercedes Silva López

Doctora en Derecho.

Profesora del Área de Derecho Administrativo del Centro Universitario de Estudios Superiores de Algeciras.

SUMARIO: I. SOBRE EL AMPLIO CARÁCTER DISCRECIONAL DE LA ACTIVIDAD DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. II. TÉCNICAS DE CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y LÍMITES URBANÍSTICOS AL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. 1. Fiscalización del acto administrativo discrecional a través de los elementos reglados. A. Competencia: La delimitación del ámbito competencial de la administración municipal y autonómica en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico. B. Procedimiento: La exigencia de nueva información pública en el supuesto de modificaciones sustanciales como garantía frente a la discrecionalidad de los planes. C. Fin: La desviación de poder como técnica de control de la discrecionalidad del planeamiento: la necesidad de prueba. 2. Teoría de los hechos determinantes: Los hechos son tal como la realidad los exterioriza. 3. Cumplimiento de las exigencias de los principios generales del Derecho: El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: racionalidad y motivación de las decisiones urbanísticas discrecionales. 4. Otros límites: límites genuinamente urbanísticos y límites urbanísticos ambientales. A. Carácter reglado de la licencia urbanística. B. Clasificación reglada del suelo urbano: la fuerza normativa de lo fáctico. C. Los límites urbanísticos de carácter ambiental. III. CONTROL JURISDICCIONAL Y POSIBILIDADES DE SUSTITUCIÓN DEL JUEZ EN LA ELECCIÓN DEL MODELO DE CIUDAD.

RESUMEN:

El objeto de éste trabajo es analizar, desde un punto de vista urbanístico, las técnicas de control de la potestad discrecional de planeamiento urbanístico a través del análisis de la doctrina dictada en los últimos veinte años por nuestra jurisprudencia. Partiendo del estudio del amplio carácter discrecional de la potestad de planeamiento urbanístico, se abordan las distintas técnicas orquestadas para ejercer un efectivo control jurisdiccional de su ejercicio. El estudio finaliza con el examen del alcance de la propia actividad jurisdiccional de control.

Palabras claves:

Discrecionalidad, planeamiento urbanístico, técnicas de control, control de los elementos reglados, teoría de los hechos determinantes, principios generales del derecho, límites urbanísticos ambientales, alcance del control jurisdiccional.

ABSTRACT:

The purpose of this study is to analyze, from the point of view of town-planning, the techniques for the town planning discretionary authority through the analysis of the doctrine developed by our jurisprudence during the last twenty years. Based on the study of the broad discretionary power in town-planning, this article discusses the various techniques orchestrated in order to achieve the effective judicial review of its use. This study concludes with the examination of the scope of the activity jurisdictional control itself.

Keywords:

Discretion, town-planning, control techniques, control of the regulated elements, theory of the determining factors, general principles of law, environmental urban limits, scope of judicial review

I. SOBRE EL AMPLIO CARÁCTER DISCRECIONAL DE LA ACTIVIDAD DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

Como nos demuestran reiteradamente las normas que han conformado y conforman en la actualidad el armazón de nuestro Derecho Urbanístico, la propia Ley del Suelo se remite a los planes reconociendo inicialmente su incapacidad para concretar al detalle el estatuto jurídico de la propiedad del suelo de todas y cada una de las parcelas que integran la globalidad del territorio, se remite a los Planes de Ordenación a los que encomienda la labor de concreción material del derecho de propiedad.

Entendida la actividad urbanística como la determinación de un modelo de ciudad para el concreto espacio ordenado, se entenderá que esta actividad sea imposible de concretar de forma abstracta por la propia Ley para todas y cada una de las superficies que integran la generalidad del territorio. Esta circunstancia ha obligado a dotar al ordenamiento urbanístico de una estructura bifásica, enunciada hoy en los artículos 3, 7 y concordantes del TRLS 2008, y en su día por los artículos 61 y 70.1 de la LS 56, artículos 76 y 87 del TRLS 76, artículo 8 de la TRLS 92, o el artículo 2.1 de la LS 98, al establecer, que las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, “*en virtud de ellas*”, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios, como nos diría el TRLS 76, o en términos actuales, como nos dice el TRLS 2008, la ordenación urbanística “*organiza y define*” el uso del territorio y del suelo “*de acuerdo con el interés general*”, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste, o el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es “*estatutario*” y resulta de su vinculación a distintos destinos, “*en los términos dispuestos*” por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”¹. El ordenamiento jurídico urbanís-

¹ Este papel integrador de los Planes de Ordenación ha sido reconocido reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo que en más de una ocasión ha afirmado que los planes urbanísticos son instrumentos aptos para determinar el contenido del derecho de propiedad, sin vulneración constitucional, pues el artículo 33.2 de la Constitución advierte que la función social de la propiedad delimitará su contenido, no por medio de la Ley, sino “*de acuerdo con las leyes*”, y los planes se dictan en virtud de la remisión que la Ley les hace. Así, entre otras muchas, SSTs de 2 de Febrero de 1987 (RJ 1987/2043), de 16 de Mayo de 1990 (RJ 1990/4170) y de 15 de Noviembre de 1995 (RJ 1995/8333). A partir del artículo 33.2 de la Constitución no sólo la Ley, sino también los productos normativos de la Administración y más concretamente los Planes, pueden contribuir a determinar el contenido del derecho de propiedad, y más específicamente las facultades urbanísticas que lo integran. En sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 1990 (RJ 1990/3614) se articula con precisión la relación del planeamiento urbanístico con la propia Ley, al definir los Planes como “*auténtico sistema normativo gradual y coordinado de integración y desarrollo de la Ley del Suelo, particularizándola a supuestos espaciales concretos, de forma que los Planes están subordinados a dicha Ley y no pueden rebasar los criterios mínimos inderogables*” (FJ 4^o). Si bien, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., en “*Lecciones de Derecho Urbanístico*”, Ed. Civitas 1979, no debemos olvidar que en virtud de la propia regulación legal, opera una primacía del planeamiento sobre las determinaciones legales que se reduce al mínimo de la regulación indispensable, lo que redundará en que el ámbito de remisión normativa del plan sea muy amplio (página 183). Por su parte, la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia reproducen estos criterios, pudiendo citarse, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de Junio de 2004 (JUR 2004/300732), y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Burgos, Castilla y León de 11 de Enero de 2002 (RJCA

tico tiene así una estructura bifásica, constituida por un lado por la Ley y sus Reglamentos de desarrollo y, de otro, por el planeamiento, que siempre operará sin detrimento alguno de una clara subordinación jerárquica a la regulación general contenida en la normativa primaria referida.

Es precisamente desde esta doble perspectiva, desde la que se comprende la importancia del Plan como instrumento prefigurador del futuro modelo de desarrollo urbano y como elemento de concreción del estatuto de la propiedad del suelo, siendo en el ámbito de las funciones que integran ambas facetas,—enunciadas con detalle en el artículo 3 TRLS 76 al desglosar las facultades que integran la competencia urbanística concerniente al planeamiento, y en el ámbito andaluz en el artículo 3.2 de la LOUA, al definir los fines específicos de la actividad urbanística y, en concreto, el objeto de la ordenación urbanística establecida en los instrumentos de planeamiento, en el marco de la ordenación del territorio—, desde el que se evidencia la profunda discrecionalidad del planeamiento urbanístico.

La potestad administrativa del planeamiento urbanístico es, fundamentalmente, discrecional, de manera que, con seguimiento del procedimiento establecido, que incluye una abierta participación ciudadana, la Administración configura el modelo territorial que servirá de marco a la vida de los administrados².

La amplia relación de competencias urbanísticas relativas al planeamiento,—emplazamiento de los centros de producción y residencia, división del territorio municipal en áreas de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, establecimiento de zonas de diferentes utilización y fijación de las construcciones concretas a realizar en ellas, formulación del trazado de las vías pú-

2002/16) y de 22 de Julio de 2004 (RJCA 2004/573), delimitando éstas últimas el alcance de dicha habilitación legal a los contenidos urbanísticos del derecho de propiedad “*que no se extienden a otras limitaciones distintas como son las del régimen especial de viviendas de protección pública que afectan a la construcción, financiación, enajenación y uso arrendaticio del inmueble construido al amparo de dicho régimen, que tiende a favorecer la promoción de aquel tipo de viviendas, y que en nuestro ordenamiento discurre por el cauce de las actividades de fomento y no por el de la técnica urbanística*”. (FJ Tercero y Quinto, respectivamente).

² SSTS de 12 de Marzo de 1991 (RJ 1991/1985), de 20 de Enero, 13 de Febrero y 18 de Mayo de 1992 (RJ 1992/715, 1992/2828, y 1992/4219), y de 23 de Junio de 1994 (RJ 1994/5339), siendo ponente de todas ellas Delgado Barrio, citadas y aplicadas con reiteración por la jurisprudencia posterior y referencia inequívoca para la doctrina elaborada al respecto.

blicas, determinación del sistema de espacios libres y zonas verdes, localización y caracterización de los centros y servicios de interés público, limitación del uso del suelo y de las edificaciones, orientación de la composición arquitectónica de las edificaciones y regulación de sus características estéticas....etc-, nos indica que los contenidos del Plan determinan el diseño del futuro modelo urbano y es preciso tener en cuenta que en la concreta elección del modelo territorial intervienen además de factores estrictamente legales, muchos otros factores extrajurídicos, así factores sociológicos, económicos, ecológicos, históricos, artísticos, etc. Planificar implica elegir, entre una amplísima gama de alternativas posibles, una determinada solución de modelo de desarrollo urbano, lo que obliga a integrar múltiples criterios de selección y un numeroso y variado elenco de factores determinantes. Todo ello dota a la actividad de planeamiento urbanístico de un carácter genuino y ampliamente discrecional³.

³ Como afirmará DELGADO BARRIO, J., en *“El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico”*, Editorial Civitas, S.A., 1993, “Es, pues amplísimo el campo de soluciones entre las que hay que elegir, soluciones estas que además son jurídicamente indiferentes: ¿qué puede decir el Derecho en cuanto a la elección de la orientación turística, agrícola o ganadera del Municipio o respecto de si el desarrollo de la ciudad ha de producirse hacia el norte o hacia el sur, o tendiendo al este o al oeste, o combinando varias de estas posibilidades, etc?. La elección, así, ha de producirse con criterios extrajurídicos –sociológicos, económicos, arquitectónicos, ecológicos, históricos, artísticos, etc.–, lo que evidencia la clara discrecionalidad del planeamiento” (páginas 19 y 20). RIVERO YSERN, J.L., en *“Reflexiones sobre la discrecionalidad administrativa en el Urbanismo. Breve reseña Jurisprudencial”*, en el libro “Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía”, editado por la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y la Editorial Civitas, S.A. en 1996, afirma con rotundidad que “la actividad de planeamiento conlleva necesariamente un amplio margen de discrecionalidad” (páginas 561–582). Por su parte, como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en el *“Manual de Derecho Urbanístico”*, La Ley–El Consultor, 2007, “La potestad de planeamiento es, por su propia esencia, una potestad ampliamente discrecional. No puede ser de otro modo, evidentemente, ya que se trata de una potestad conformadora, que pretende configurar el espacio territorial al que se refiere y encauzar su desarrollo futuro según un cierto modelo que el legislador, desde la perspectiva abstracta y general que le es propia, no está, lógicamente, en condiciones de formular” (página 111). Este mismo autor, en *“De la arbitrariedad de la Administración”*, Civitas, 1994, ha calificado la discrecionalidad del planeamiento urbanístico como “auténtico paradigma de la discrecionalidad administrativa” (página 199). En este sentido, PÉREZ ANDRÉS, A.A., en *“La limitación constitucional de la remisión legislativa al planeamiento”*, RDU, núm. 146, 1996, considera que “a pesar de las numerosas potestades administrativas discrecionales que han ido apareciendo en escena en las últimas décadas, la potestad de planeamiento continúa siendo la potestad discrecional por excelencia” (página 61). DESDENTADO DAROCA, E. en *“Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico”*, Editorial Aranzadi, 1999, califica la discrecionalidad del planeamiento urbanístico como “una discrecionalidad fuerte, pues el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración una facultad de innovación, de conformación, y no

Este carácter discrecional de la potestad de planeamiento se reconoce a la Administración tanto para alterar como para modificar, revisar o formular ex novo el planeamiento urbanístico, si bien en ningún caso supone arbitrariedad, siendo doctrina absolutamente consolidada por nuestro más alto Tribunal la de que,

“el ejercicio del ius variandi que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo, es materia en la que actúa discrecionalmente —que no arbitrariamente— y siempre con observación de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución, de tal suerte que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error; o al margen de la discrecionalidad; o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir; o sin tener en cuenta la función social de la propiedad; o la estabilidad y la seguridad jurídicas; o con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas ellas condensadas en el artículo 3 en relación con el artículo 12 de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976” (FJ Cuarto de la STS de 19 de Mayo de 1998, RJ 1998/3855, ponente Esteban Álamo y más recientemente STS de 21 de Abril de 2009, RJ 2009/1827, ponente Pedro José Yagüe Gil)⁴.

de mera aplicación, consistente en la creación del modelo territorial que se considera más adecuado para la satisfacción del interés público” (página 367). También la Jurisprudencia ha reiterado que la potestad administrativa de planeamiento es *“fundamentalmente discrecional”*, (STSS de 12 de Marzo de 1991, RJ 1991/1985, de 8 de Noviembre de 1995, RJ 1995/8548, y de 20 de Octubre de 1997, RJ 1997/7501, entre otras muchas), resaltando repetidamente la *“profunda discrecionalidad del planeamiento”* (SSTS de 1 de Diciembre de 1986, RJ 1987/415, de 13 de Febrero de 1992, RJ 1992/2828, y de 21 de Enero de 1997, RJ 1997/1865, entre otras muchas), o *“el carácter ampliamente discrecional del planeamiento”* (STSS de 30 de Octubre de 1990 RJ 1990/8428, de 26 de Diciembre de 1991, RJ 1992/378, y de 23 de Junio de 1994, RJ 1994/5339, entre otras muchas), o calificando el acto de aprobación de un Plan General de Ordenación Urbana, como un acto administrativo *“dotado de notables dosis de discrecionalidad”* (STSS de 7 de Diciembre de 1989, RJ 1989/9115 y de 7 de Septiembre de 1990, RJ 1990/7083). Asimismo, Sentencias de los Tribunales de Justicia de Castilla-La Mancha de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/2637), de Sevilla de 12 de Junio de 2001 (RJCA 2001/996), del País Vasco de 31 de Mayo de 2002 (RJCA 2002/831), de 16 de Septiembre y 31 de Octubre de 2003 (RJCA 2003/493 y RJCA 2003/585), y de 29 de Octubre de 2004 (RJCA 2004/1157), así como del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de Mayo de 2004 (RJCA 2004/772), o SSTSJ de Cataluña de 30 de Enero de 2007 (JUR 2007/245300) y de 31 de Julio de 2009 (JUR 2009/147968), y STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de Octubre de 2010 (RJCA 2010/106), entre otras muchas.

⁴ En este sentido, todas ellas conteniendo fallos desestimatorios, SSTS de 9 de Julio de 1991 (RJ 1991/5742), sobre el Plan General de Ordenación Urbana de Tossa del Mar; STS de 30 de Noviembre de 1992 (RJ 1992/9002), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de

El margen de apreciación que comporta el ejercicio de la potestad de planeamiento la convierte en una potestad esencialmente discrecional, por oposición a las potestades regladas cuyo ejercicio viene agotadoramente predeterminado por la ley⁵, si bien en modo alguno ese grado de indeterminación de

Madrid; STS de 23 de Febrero de 1993 (RJ 1993/543), sobre las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento de Formentera (Baleares); STS de 6 de Marzo de 1993 (RJ 1993/1591), sobre Proyecto e Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Pamplona; STS de 4 de Octubre de 1993 (RJ 1993/7342), sobre aprobación definitiva de la Modificación del Plan Parcial de Puerto Romano en Tarragona; STS de 22 de Febrero de 1994 (RJ 1994/1461), sobre distintos Planes Parciales de Canarias; STS de 6 de Abril de 1994 (RJ 1994/2805), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Móstoles; STS de 19 de Julio de 1994 (RJ 1994/6382), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana del término de Rivas Vaciamadrid; STS de 7 de Diciembre de 1994 (RJ 1994/9823), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid; STS de 10 de Abril de 1995 (RJ 1995/3021), sobre Plan General de Ordenación Urbana de El Vendrell (Tarragona); STS de 26 de Junio de 1995 (RJ 1995/5030), sobre Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Murcia; STS de 3 de Julio de 1995 (RJ 1995/5848), sobre el Plan General de Ordenación Urbana de Laredo (Cantabria); STS de 15 de Julio de 1995 (RJ 1995/5855), sobre Proyecto de Adaptación y Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Ávila; STS de 17 de Septiembre de 1997 (RJ 1997/6593), sobre Modificación del Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Losar de la Vera (Cáceres); STS de 19 de Septiembre de 1997 (RJ 1997/6598), sobre Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Sitges; STS de 21 de Octubre de 1997 (RJ 1997/7626), sobre Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Cabrera del Mar; STS de 11 de Diciembre de 1997 (RJ 1997/9464), sobre Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Mistala (Valencia); STS de 18 de Marzo de 1998 (RJ 1998/2236), sobre el Plan General de Ordenación Urbana de Manises; STS de 16 de Abril de 1998 (RJ 1998/3358), sobre el Plan General de Ordenación Urbana de Camas (Sevilla); STS de 15 de Octubre de 1999 (RJ 1999/7965), sobre Plan Especial de Reforma Interior de Alcalá de Henares; STS de 29 de Noviembre de 2006 (RJ 2007/4580), sobre Plan Parcial de Mejora de Elche; STS de 14 de Febrero de 2007 (RJ 2007/1803), sobre Modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Benicarló; STS de 2 de Abril de 2007 (RJ 2007/3151), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid; STS de 13 de Mayo de 2008 (RJ 2008/2056), sobre Plan General de Getxo; STS de 30 de Julio de 2008 (RJ 2008/4512), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Palma de Mallorca. Pueden citarse también las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón de 19 y 31 de Enero de 2009 (JUR 2008/87531 y JUR 2009/33171); de Asturias, de 30 de Mayo de 2009 (JUR 2009/18871); Castilla y León de 9 de Febrero de 2006 (JUR 2006/105437) y de Abril de 2009 (JUR 2009/221288); de Cataluña de 19 de Julio de 2002 (RJCA 2002/1076), de 26 de Diciembre de 2008 (RJCA 2009/420), de 26 de Junio y de 29 de Septiembre de 2009 (JUR 2009/426162 y JUR 2009/498209); de Madrid, de 25 de Febrero de 2003 (RJCA 2003/758); de Sevilla, de 24 de Marzo de 1999 (RJCA 1999/3019); y, de Valencia de 2 de Abril y de 20 de Junio de 2004 (RJCA 2004/1055 y RJCA 2004/251).

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en el “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Civitas, Sexta Edición 1993, sintetizan perfectamente esta dife-

la potestad discrecional del planeamiento urbanístico la transforma en una potestad ilimitada e inmune al control judicial. Muy al contrario, la potestad de planeamiento urbanístico está sometida a los límites de toda potestad discrecional y a su revisión jurisdiccional.

rencia al considerar que “El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación (*accertamento*, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente..... Por diferencia con esa manera de actuar, el ejercicio de las potestades discrecionales comporta un elemento sustancialmente diferente: “la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular... la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de las condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo. De este modo, y como certeramente recuerda la Exposición de Motivos de la LJ, la discrecionalidad “surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público” (y también: supone “delegar el ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata”). No hay, pues discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente sólo en virtud de la ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto” (páginas 440 y 441). En el propio ámbito urbanístico, el carácter discrecional del planeamiento se contrapone al carácter estrictamente reglado de las licencias, pues como afirma la STS de 16 de Mayo de 2002 (RJ 2002/4103) “*cosa son las licencias, cuyo carácter reglado es indiscutible, y, otra, bien distinta, el planeamiento, cuyas determinaciones básicas, así como decisiones procedimentales esenciales, iniciación o interrupción del procedimiento, están intensamente teñidas de discrecionalidad*” (FJ Segundo). En otro orden de cosas, siguiendo a estos mismos autores, no ha de confundirse potestad discrecional con concepto jurídico indeterminado ya que “La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional” (página 445). Esta doctrina fue recogida en su momento por la jurisprudencia, así STS de 17 de Junio de 1989 (RJ 1989/4730), ponente Delgado Barrio, refiriéndose a la posibilidad de que el Plan extienda su ordenación a las características estéticas de las edificaciones, considera que: “*En relación con las llamadas limitaciones estéticas habrá que recordar que la licencia urbanística tiene carácter rigurosamente reglado –art. 178.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo–. Es pues un acto «debido:*

II. TÉCNICAS DE CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y LÍMITES URBANÍSTICOS AL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

La discrecionalidad del planeamiento no es absoluta sino limitada. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han establecido básicamente tres técnicas para articular el control del ejercicio de las potestades discrecionales que son plenamente aplicables a la potestad discrecional de planeamiento urbanístico⁶: la fiscalización del acto administrativo a través de los elementos reglados, la teoría de los hechos determinantes y el cumplimiento de las exigencias de los principios generales del Derecho.

1. Fiscalización del acto administrativo discrecional a través de los elementos reglados.

Como ya afirmase en su día la Exposición de Motivos de la LJCA 1956, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto sino a alguno o algunos de sus elementos. Es así, que en todo acto discrecional hay elementos reglados como son la competencia, el procedimiento y el fin⁷.

debe otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se ajuste o no al ordenamiento jurídico. Ello implica que la ordenación urbanística no debe contener al respecto preceptos tan vagos o vaporosos que subrepticamente introduzcan elementos discrecionales en la decisión sobre la licencia. Ciertamente la ordenación urbanística puede alcanzar a las características estéticas –art. 29.1.h) del Reglamento de Planeamiento–, y en este sentido puede resultar imprescindible la utilización de la figura de los conceptos jurídicos indeterminados: esto es perfectamente lícito pues, a diferencia de lo que no ocurre en la discrecionalidad que implica una «libertad» para elegir entre soluciones igualmente justas, es decir, indiferentes jurídicamente, los conceptos jurídicos indeterminados sólo admiten «una» única solución justa; cabe distinguir en ellos una zona de certeza negativa y una zona de certeza positiva separadas por otra de incertidumbre. Pero no resulta viable que ya en su formulación se abra un espacio de penumbra tan intenso que implique una «libertad» de la Administración para decidir: con ello desaparece la figura del concepto jurídico indeterminado como elemento reglado para abrir el paso a la discrecionalidad» (FJ Séptimo).

⁶ Así las SSTs de 7 de Septiembre de 1990 (RJ 1990/7083), y de 25 de Septiembre de 1991 (RJ 1991/7608), nos dirán que “para articular este control la doctrina y jurisprudencia vienen jugando con cuatro técnicas distintas: la fiscalización del acto administrativo discrecional a través de los elementos reglados que todo acto administrativo lleva incorporada, pues la discrecionalidad absoluta es más una utopía que una realidad; la teoría de los hechos determinantes, que obliga a indagar si en el caso debatido concurre el supuesto de hecho habilitante; el estudio de una posible desviación de poder, definida en el artículo 83.3 de la Ley Contenciosa como “... el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento”; y –finalmente– la quiebra de alguno de los principios fundamentales que informan el Ordenamiento Jurídico” (FJ Cuarto y Séptimo, respectivamente). En el mismo sentido, con posterioridad, entre otras, STS de 27 de Mayo de 1998 (RJ 1998/4374), y STS de 20 de Marzo de 1999 (RJ 1999/2802)

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en op. citada, incorporan como elementos reglados de toda potestad discrecional: “la existencia misma de la po-

A. Competencia: La delimitación del ámbito competencial de la administración municipal y autonómica en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico.

Revisten especial interés aquellos pronunciamientos jurisprudenciales que delimitan el ámbito competencial tanto de la administración municipal como autonómica, cuando ambas concurren en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico⁸.

No obstante, reconocerse por la doctrina jurisprudencial que la diversidad de intereses presentes en el Urbanismo hacen de la potestad de planeamiento una “*potestad de titularidad compartida por los Municipios y las Comunidades Autónomas*” (entre otras muchas, SSTS de 29 de Septiembre de 2000, RJ 2000/295; de 27

testad, su extensión, la competencia para actuarla que se referirá a un ente y dentro del mismo a un órgano determinado y, por último, el fin. Junto a estos elementos preceptivamente reglados, puede haber otros en la potestad que lo sean eventualmente: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio y fondo parcialmente reglado. Ambos autores concluyen con la afirmación de que “de este modo el ejercicio de toda potestad discrecional es un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora” (página 442).

⁸ Recuérdese la cita clásica de la STS de 1 de Diciembre de 1987 (RJ 1986/415), de la que fue ponente Delgado Barrio, en la que se afirmaba con rotundidad que “*Una vez que el Urbanismo ha superado el ámbito que la etimología del término sugiere —la ciudad— para extenderse a todo el territorio, es claro que los intereses en juego exigen una confluencia de competencias que no implica detrimento de la autonomía municipal consagrada en el artículo 140 de la Constitución*” (FJ Segundo). Esta doctrina se reproduce en las SSTS de 14 de Noviembre de 1990 (RJ 1990/8930), de 10 de Julio de 1991 (RJ 1991/5746), y de 24 de Noviembre de 1992 (RJ 1992/4433). En este sentido, con anterioridad, la STS de 21 de Julio de 1986 (RJ 1986/5528), de la que fue ponente Del Burgo y Marchán, ya afirmaba que “*si el urbanismo, como su propia terminología denota, está indisolublemente unido a la ordenación de la ciudad, el gobierno de ésta jamás podrá verse privado de un papel relevante, tanto en la ordenación como en la gestión de este tipo de actividad, sin que los problemas que el mismo presenta, supramunicipales, sean suficientes para borrar la reserva de competencia natural y primaria de los municipios. ... si el poder de las Comunidades Autónomas trae origen del nuevo Estado democrático, ese mismo poder no puede anular el poder municipal, por la sencilla razón que la democracia empieza en el Municipio, base de toda sociedad libre*” (FJ Sexto), para concluir con la afirmación de que, “*el propósito del legislador no es otro que el de hacer partícipes, en la obra planificadora urbanística tanto a las Corporaciones Locales como a las Administraciones Públicas estatales o regionales o de las nacionalidades autonómicas; incluso, privando al órgano encargado de la aprobación definitiva de poder otorgarla, si introduce innovaciones sustanciales en ese momento, si antes no suspende el procedimiento para abrir un nuevo período de información pública y concede audiencia a las Corporaciones Locales interesadas conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley del Suelo y en el artículo 132 del repetido Reglamento de Planeamiento*” (FJ Noveno).

de Enero de 2001, RJ 2001/1362; de 16 de Octubre de 2001, RJ 2001/8942; y de 16 de Diciembre de 2004, RJ 2005/813), en la que a la aprobación provisional del Municipio le sucede en el tiempo la definitiva de la Administración Autonómica se pone de relieve a favor de las competencias municipales que *“la condición técnica y jurídica de la formación o modificación del planeamiento, por incidir en ella la discrecionalidad, no convierte sin más a los Ayuntamientos en meros sancionadores de lo proyectado por los profesionales técnicos, sino en órganos decisorios cuyas determinaciones, si únicamente afectan a intereses locales, no pueden ser variadas por los órganos autonómicos en el momento de la aprobación definitiva”* (STS de 19 de Octubre de 1993, RJ 1993/7367, haciendo referencia a la doctrina contenida en SSTs de 13 de Julio de 1990, RJ 1990/6034; de 25 de Febrero de 1992, RJ 1992/2974; y, de 19 mayo 1993, RJ 1993/3499). Partiendo de la base de que *“en la relación entre el interés local y el interés supralocal es claramente predominante este último”* (STC 170/1989, de 19 de Octubre), queda perfectamente justificado que, *“en el aspecto temporal, la decisión autonómica se produzca con posterioridad a la municipal y que, en el aspecto sustantivo, aquélla haya de contemplar el plan no sólo en sus aspectos reglados sino también en los discrecionales que por su conexión con intereses supralocales hayan de ser valorados para asegurar una coherencia presidida por la prevalencia de tales intereses superiores”* (STS de 8 de Febrero de 1999, RJ 1999/1468; STSJ de Aragón de 30 de octubre de 2003, RJ 2003/716; y, STSJ de Madrid de 2 de Junio de 2004, RJ 2004/958)⁹. Es así que *“la Administración Autonómica sólo puede controlar los aspectos*

⁹ La STS de 14 de Noviembre de 2002 (RJ 2003/1190), sintetiza la doctrina jurisprudencial recaída en la materia, en los siguientes términos: *“Acerca de las facultades de las Comunidades Autónomas en fase de aprobación definitiva de los Planes de urbanismo municipales existe ya una doctrina jurisprudencial consolidada, de la que son muestra las sentencias de 16 de enero de 1998 (RJ 1998/3074), 13 de julio de 1990 (RJ 1990/6034), 30 de enero (RJ 1991/614) y 25 de abril de 1991 (RJ 1991/3430), 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4219), 21 de febrero de 1994 (RJ 1994/1455), 25 de octubre de 1995 (RJ 1995/7711), entre otras muchas. Conforme a este doctrina: “Los artículos 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, vigente a la sazón, y 132 del Reglamento de Planeamiento configuran la aprobación definitiva que corresponde a la Comunidad Autónoma como el resultado del estudio del plan municipal “en todos sus aspectos”, tanto los reglados como los discrecionales o de oportunidad, pero es claro que este criterio preconstitucional ha de ser entendido a la luz de las exigencias de la autonomía municipal –sentencias de 14 de marzo (RJ 1988/2164) y 18 de julio de 1988 (RJ 1988/6082)– proclamada en los artículos 137 y 140 de la Constitución, tal como deriva del principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico –art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, principio éste que opera con una especial intensidad respecto de las normas anteriores a la Constitución –sentencias de 24 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10191), 12 de febrero de 1991 (RJ 1991/948), etc.–. Una acomodación del artículo 41 del Texto Refundido al principio constitucional de la autonomía municipal ha de concretar la extensión del control de la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento en los siguientes términos: A) Aspectos reglados del plan: control pleno de la Comunidad con una matización para el supuesto de que entren en juego conceptos jurídicos indeterminados –es bien sabido que éstos admiten una única solución justa y que por tanto integran criterios re-*

discrecionales del planeamiento municipal cuando incida en intereses supralocales” (STS de 2 de Abril de 2007, RJ 2007/3151). En la medida en que la Comunidad Autónoma en el acuerdo de aprobación definitiva atiende a intereses supralocales cuya gestión le ha sido encomendada por el ordenamiento jurídico, está actuando una competencia propia, *“lo que la habilita para introducir directamente modificaciones en una norma, el Plan, que, sí, es ante todo una norma municipal pero que es a la vez y también, siquiera sea en menor medida, una norma autonómica”* (SSTS de 22 de Diciembre de 1990, RJ 1990/10183; de 12 de Febrero de 1991, RJ 1991/948; y, de 31 de Enero de 1994, RJ 1994/505). La aprobación definitiva de un Plan por parte de la Administración Autonómica correspondiente significa, efectivamente, la culminación del procedimiento encaminado a la revisión del planeamiento, y en aquélla el órgano decisor ejerce funciones de control de la legalidad urbanística e incluso de la oportunidad o discrecionalidad de la actuación municipal (artículos 41 de la Ley del Suelo y 132 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico), siempre que resulten afectados intereses supralocales, *“todo lo cual no supone una función de tutela que lesione la autonomía municipal ni, menos todavía, que solamente se pueda traducir en la simple y limitada “modificación técnica”, se trata en realidad de un supuesto de competencias compartidas, como reiteradamente ha declarado la doctrina jurisprudencial”* (STS de 24 de Abril de 1992, RJ 1992/3986)¹⁰.

glados-:a) Si la determinación del planeamiento que se contempla no incide en aspectos de interés supralocal, el margen de apreciación que tales conceptos implican corresponde a la Administración municipal. b) Si el punto ordenado por el plan afecta a intereses superiores ese margen de apreciación se atribuye a la Comunidad. B) Aspectos discrecionales. También aquí es necesaria aquella subdistinción: a) Determinaciones del plan que no inciden en materias de interés autonómico. Dado que aquí el plan traza el entorno físico de una convivencia puramente local y sin trascendencia para intereses superiores ha de calificarse como norma estrictamente municipal y por tanto :a’) Serán, sí, viables los controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tal como en este terreno las viene concretando la jurisprudencia –sentencias de 1 (RJ 1987/415) y 15 de diciembre de 1986 (RJ 1987/1052), 19 de mayo (RJ 1987/5818) y 11 de julio de 1987 (RJ 1987/6877), 18 de julio de 1988 (RJ 1988/6082), 23 de enero (RJ 1989/427) y 17 de junio de 1989 (RJ 1989/4730), 20 de marzo (RJ 1990/2246), 30 de abril (RJ 1990/3627) y 4 de mayo de 1990 (RJ 1990/3799), etc.–. b’) No serán en cambio admisibles revisiones de pura oportunidad: en este terreno ha de prevalecer el modelo físico que dibuja el Municipio con la legitimación democrática de que le dota la participación ciudadana que se produce en el curso del procedimiento. b) Determinaciones del planeamiento que tienen conexión con algún aspecto de un modelo territorial superior: además de lo ya dicho antes en el apartado a’), aquí y dado que “en la relación entre el interés local y el supralocal es claramente predominante este último” –sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989 (RTC 1989/170)–, resulta admisible un control de oportunidad en el que prevalece la apreciación comunitaria. Así lo viene declarando esta Sala reiteradamente –sentencias de 13 de julio de 1990 (RJ 1990/6034), 30 de enero (RJ 1991/614) y 25 de abril de 1991 (RJ 1991/3430), 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4219), etc.–. Hasta aquí la sentencia del TS de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994/1455), reiterada en la de 25 de octubre de 1995 (RJ 1995/7711)” (FJ Séptimo).

¹⁰ Como afirma la STS de 10 de Julio de 1991 (RJ 1991/5746), ponente Estebán del Álamo, *“la aprobación definitiva de un Plan es el acto resolutorio que culmina el procedimiento de aprobación de Planes*

Ahora bien, la actuación de la competencia autonómica relativa a la introducción de determinaciones en el planeamiento con criterios de mera oportunidad habrá de ser debidamente justificada y así exigirá, “*en primer término, la invocación del interés supralocal que le sirve de fundamento genérico, para después concretar en qué medida la calificación pretendida por el Municipio entorpecería la atención de aquel interés o en qué sentido le resultaría más favorable la calificación impuesta por la Comunidad Autónoma*” (STS de 25 de Abril de 1991, RJ 1991/3430)¹¹.

En definitiva, el ámbito de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico se delimita, desde una perspectiva estrictamente competencial, en función del alcance de los intereses legalmente protegidos, de forma que cuando estos

de Ordenación Urbana y a través del cual la autoridad y organismo decidente ejerce un doble control, el primero, de legalidad, referente a comprobar si el Plan propuesto se acomoda al ordenamiento urbanístico (Ley, Reglamento, Planes, etc.) tanto en el aspecto jurídico formal (competencia, procedimiento, etc.) unido todo ello, en el segundo aspecto, a un control de oportunidad para garantizar una necesaria coordinación del planeamiento urbanístico abordado con el de otras administraciones públicas (obras públicas y ordenación del territorio, etc.) y es por ello por lo que se declara que quien decide la aprobación definitiva está facultado para examinar el Proyecto de Plan en todos sus aspectos e introducir las rectificaciones oportunas y necesarias” (FJ Segundo). En el mismo sentido, SSTS de 26 de Diciembre de 1991 (RJ 1991/376), y de 8 y 29 de Julio de 1992 (RJ 1992/6155 y RJ 1992/6213).

¹¹ La STSJ de Las Palmas, de 17 de enero de 2000 (RJCA 2000/85), reproduciendo una doctrina establecida con anterioridad por el Tribunal Supremo en el sentido de que la aprobación definitiva por la autoridad autonómica no puede quedar en modo alguno condicionada por los pactos o acuerdos que puedan haber existido entre el Ayuntamiento y los particulares, –entre otras, STS de 25 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2026)–, considera que “*En el plano temporal. La aprobación de los Planes tiene carácter bifásico, en un primer momento lo aprueba el Ayuntamiento y después la Comunidad Autónoma. Así el Tribunal Supremo ha establecido que la aprobación inicial y la aprobación provisional de los instrumentos urbanísticos, al insertarse dentro de un procedimiento preparatorio de la resolución final mediante la remisión del expediente al órgano competente para la aprobación definitiva no son más que actos de trámite, mero iter procedimental, que no vincula en general la decisión que se adopte en la aprobación definitiva (STS de 28 Octubre de 1987 (Rj 1987/9190) y 15 de Diciembre de 1987 (Rj 1987/9498). Ni la Administración ha ido contra sus propios actos ni la naturaleza normativa de los Planes que mira al interés público se aviene o condiciona o vincula con pactos o acuerdos suscritos entre partes más o menos afectadas por los mismos y el órgano creador o elaborador de aquéllos; de manera que cualquier supuesto incumplimiento por parte de la Administración al confeccionar un Plan, con un pacto anterior con cualquier administrado, no deja abierto a éste otro camino que la reclamación que corresponda con base en el ejercicio de las acciones resolutorias que correspondan (S. de 7 de Febrero de 1990 (Rj 1990/9709). Por ello cuando el Ayuntamiento introdujo modificaciones en los convenios y acuerdos que habían sido objeto de la aprobación inicial, la Comunidad Autónoma los calificó como “propuestas municipales tardías”. Entendemos que la potestad del Ayuntamiento termina con la aprobación provisional, pero una vez que la Comunidad Autónoma, le devuelve el plan para hacer correcciones, es evidente que el Ayuntamiento ha de realizarlas, aunque para ello se vea obligado a alterar, modificar, o anular acuerdos que había suscrito”.* (FJ Quinto).

tienen una dimensión exclusivamente local, las determinaciones del plan no podrán ser alteradas por la autoridad urbanística superior, salvo por razones de estricta legalidad. Sin embargo, cuando los intereses afectados tienen un alcance supralocal, la administración autonómica podrá controlar no sólo los aspectos reglados sino también la dimensión discrecional del propio plan.

B. Procedimiento: La exigencia de nueva información pública en el supuesto de modificaciones sustanciales como garantía frente a la discrecionalidad de los planes

Dada la fundamental significación del planeamiento para la vida ciudadana, se comprenderá, como afirma la doctrina jurisprudencial, la trascendental importancia del procedimiento de elaboración de los planes precisamente para “asegurar su legalidad, acierto y oportunidad”, destacando entre sus trámites “aquellos que tienden a lograr la participación ciudadana, ya prevista en el artículo 4.º 2 del Texto Refundido y ampliada por el Reglamento de Planeamiento”¹², ya que con ella reciben estos la necesaria legitimación democrática y, en su caso, se eliminan y atenúan las tensiones a la hora de su ejecución.

Es precisamente en este contexto en el que adquiere una especial trascendencia el trámite de información pública, especialmente vinculado a las modificaciones sustanciales de los planes¹³ y estrechamente conectado con el control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, ya que como afirma la STSJ de Cataluña de 16 de Diciembre de 1999 (RJCA 1999/4988),

¹² STS de 9 de Julio de 1991 (RJ 1991/5737), ponente Delgado Barrios. Esta doctrina es acogida unánimemente por la jurisprudencia posterior, así SSTS de 26 de Diciembre de 1991 (RJ 1992/376), de 23 de Junio de 1994 (RJ 1994/5339), y de 12 de Noviembre de 1998 (RJ 9597). Asimismo, SSTSJ de Granada de 25 de Noviembre de 1996 (RJCA 1996/2568), de Burgo, Castilla y León de 30 de Abril de 1999 (RJCA 1999/3846), del País Vasco de 26 de Febrero de 2001 (RJCA 2001/1478), y de Galicia de 11 de Mayo de 2004 (RJCA 2004/772).

¹³ El artículo 132.3.b) del RP, en consonancia con el artículo 41 del TRLS 76, exige una nueva información pública cuando las deficiencias señaladas por la autoridad u órgano competente para otorgar la aprobación definitiva obliguen a introducir “modificaciones sustanciales” en el Plan. Es copiosa la doctrina jurisprudencial dictada con ocasión de la exigencia de este trámite procedimental. Por su parte, el artículo 32.1.3º), apartado segundo de la LOUA establece que “En el caso de Planes Generales de Ordenación Urbanística y Planes de Ordenación Intermunicipal, será preceptiva nueva información pública....cuando las modificaciones afecten sustancialmente a determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural....”.

“Dicho de otra manera, no se puede desconocer la profunda discrecionalidad de los Planes que aunque vinculada desde luego al interés público y sometida a limitaciones —estándares urbanísticos y criterios materiales de ordenación contenidos en la Ley—, hace difícil el éxito de los recursos administrativos de ahí que resulte trascendente el nuevo trámite de información pública y actuaciones posteriores en el caso de modificaciones sustanciales puesto que alegaciones de rigurosa y pura oportunidad hechas en los pertinentes trámites pueden dar lugar a que la Administración modifique su criterio y se operen modificaciones en el Plan, en tanto que alegadas en la vía jurisdiccional pueden resultar inoperantes ya que el trámite de información pública trata de proporcionar a la Administración un mayor y mejor número de datos que pueden propiciar una decisión más justa y objetiva, abierta a toda clase de alegaciones y sugerencias” (FJ Tercero, ponente Táboas Bentanachs)¹⁴.

C. Fin: La desviación de poder como técnica de control de la discrecionalidad del planeamiento: la necesidad de prueba

En el ámbito del ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento adquiere especial relevancia el fin cuyo control se realiza mediante la técnica de la desviación de poder, definida por el artículo 83.2 LJCA 1956, —hoy artículo 70.2 LJCA 1998—, como el ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico¹⁵. Esta técnica ha sido hoy ampliamente reforzada por el artículo 106.1 de la Constitución al consagrar el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como “*el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”, con sujeción plena a la Ley y al Derecho, ga-

¹⁴ En este sentido, SSTS de 10 de Julio de 1991 (RJ 1991/5746), de 24 de Noviembre de 1992 (RJ 1992/9067), de 2 de Junio de 1993 (RJ 1993/4513), de 5 de Junio de 1995 (RJ 1995/4941), de 12 de Noviembre de 1998 (RJ 1998/9597), y, con anterioridad, SSTS de 15 de Marzo de 1988 (RJ 1988/2230), de 1 de Diciembre de 1986 (RJ 1986/415), de 8 de Octubre de 1986 (RJ 1986/7647) y de 22 de Octubre de 1984 (RJ 1984/5724). DELGADO BARRIO, Javier, en op. citada, afirma al respecto, que “hay alegaciones de mera oportunidad que hechas ante la Administración durante la tramitación del procedimiento podrían tener fuerza convincente bastante para alterar el modelo inicialmente elegido y que, sin embargo, ante una Sala de lo Contencioso-Administrativo resultarán inoperantes dado que esta no puede decidir con criterios de oportunidad” (páginas 58 y 59).

¹⁵ Como afirman GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en op. cit., “Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad” (página 452). Estas afirmaciones son absolutamente aplicables a la potestad administrativa de planeamiento urbanístico. Recientemente, “*La desviación de Poder en el ámbito urbanístico*”, por Jaume Margarit Caballé, en RDU y Medio Ambiente núm 256, Marzo 210.

rantizando en su artículo 9.3 la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos¹⁶. Si bien, “consequir el pronunciamiento a que se refiere el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo – hoy, artículo 63 de la LPC 1992–, es decir, la anulación del acto administrativo recurrido, es preciso que quien alegue desviación de poder pruebe cumplidamente el apartamiento del fin del acto en relación con la potestad conferida a la Administración por la Ley” (STS de 24 de Noviembre de 1992, RJ 1992/9067)¹⁷.

¹⁶ Como nos recuerda con precisión la STS de 21 de Febrero de 1994 (RJ 1994/1455), ponente Delgado Barrios, “el ordenamiento jurídico habilita a la Administración para actuar atribuyéndole potestades, atribución ésta que se realiza siempre en atención al logro de un determinado fin que explícita o implícitamente dibuja el propio ordenamiento. La idea del fin resulta así elemento absolutamente esencial de las potestades administrativas y por ello nada ha de extrañar que normas del más diferente rango vengán refiriéndose al mismo: artículos 106.1 de la Constitución, 83.3 de la Ley Jurisdiccional, 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 6.º.1 del Reglamento de Servicios, 84.2 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 abril y hoy art. 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y no resultará ocioso destacar la muy cuidada expresión de los textos legales que acaban de citarse. Piénsese en el sentido de los verbos «justificar» –es el que aparece en la Constitución, en el Reglamento de Servicios y en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local– y «fijar» –es el que utiliza la Ley Jurisdiccional–. Sólo el fin perseguido «justifica» una actuación administrativa y además ese fin ha de ser precisamente el «fijado» por el ordenamiento jurídico. Sólo en atención a un fin se ha atribuido la potestad. Más allá de ese fin no cabe una válida actuación de aquélla. La necesidad de perseguir justamente ese fin en el actuar administrativo es una «regla psicológica» esencial para la Administración. Es claro así que el fin de las potestades administrativas, «fijado» por el ordenamiento jurídico, integra siempre un elemento reglado de aquéllas de suerte que un control de legalidad puede llegar a la apreciación de la desviación de poder sin extralimitarse pues no implica valoraciones de oportunidad”.(FJ Séptimo).

¹⁷ Como afirma STS de 8 de Julio de 1992 (RJ1992/6155), “aun acudiendo, como invoca el recurrente, a la valoración de la posible existencia de desviación de poder, como técnica de control de la discrecionalidad administrativa, que en ningún caso puede entrañar arbitrariedad (artículo 9.3 Constitución), lo cierto es que ésta requiere (SSTS 8–5–1981 (RJ 1981/1880), 13–6–1984 (RJ 1984/3621),...) que aun apareciendo el acto administrativo ajustado a la legalidad extrínseca, no obstante se aparte en su motivación interna del interés público que deba presidir su actuación; ahora bien, la presunción de legalidad que protege la actuación de la Administración, desplazará sobre el administrado la carga de probar tal desviación de finalidades, sin que basten para ello meros indicios o conjeturas, sino que se requiere prueba plena –o al menos en términos que, por su alta probabilidad, conduzcan razonablemente a tal convicción–, de que la potestad administrativa se ejerció contra el interés público, o para finalidades distintas de la búsqueda de la mejor ordenación del territorio” (FJ Tercero). Por su parte, la STS de 22 de Abril de 1993 (RJ 1993/2853), confirma que “Vienen declarando reiteradas sentencias de esta Sala –Sentencias, entre otras, de 6–3–1992 (RJ 1992/1759) y 25–2–1993 (RJ 1993/1191)– que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, en relación con el artículo 103 de la Constitución y definido en el artículo 83 de la Ley Jurisdiccional como ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico, precisa, para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, no pudiendo fundarse en meras presunciones ni en suspicacias o amplias interpretaciones de acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine, siendo presupuesto indispensable para que se dé que el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca, pero sin responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa,

2. Teoría de los hechos determinantes: Los hechos son tal como la realidad los exterioriza

Como afirma el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, “toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una: no puede ser

dirigida a la promoción del interés público e ineludibles principios de moralidad” (FJ Tercero). En el mismo sentido, SSTs de 27 de Abril de 1993 (RJ 1993/2866) y de 14 de Octubre de 1994 (RJ 1994/7944), que recogiendo una doctrina jurisprudencial más atenuada, considera que “*El vicio de desviación de poder consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1 en relación con el artículo 103 de la CE y definido en el artículo 83 de la LJCA como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico, supone la existencia de un acto administrativo ajustado en sus requisitos extrínsecos a la legalidad y que, no obstante, está afectado de invalidez por contravenir en su motivación interna el sentido teleológico de la actividad administrativa, que ha de orientarse siempre a la promoción del interés público y a ineludibles principios de moralidad, habiendo precisado la jurisprudencia de esta Sala –SSTs, entre otras, de 6 marzo 1992 (RJ 1992/1759), 25 febrero, 10 marzo y 12 mayo 1993 (RJ 1993/1191, RJ 1993/1934 y RJ 1993/3585)– que para poder ser apreciado es preciso que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe, no siendo suficiente basarlo en meras presunciones, ni en suspicacias o amplias interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine, si bien, en materia de prueba una reciente corriente jurisprudencial ha flexibilizado el rigor de otra anterior, que exigía una prueba absoluta y plena, flexibilización debida a las dificultades que siempre tiene la probanza de motivaciones internas, exigiéndose en esta nueva corriente jurisprudencial tan sólo una acreditación que permita al Tribunal formar su convicción –SSTs 7 marzo 1986 (RJ 1986/1031) y 19 enero 1989 (RJ 1989/212), entre otras–”* (FJ Tercero). Esta doctrina es reproducida en las SSTs de 14 de Julio y 25 de Septiembre de 1995 (RJ 1995/5752 y RJ 1995/6836), sin embargo es rechazada por la STS de 28 de Febrero de 2002 (RJ 2002/4988). No obstante, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, la sigue aplicando reiteradamente, así STSJ de Cataluña de 19 de Mayo de 2006 (JUR 2007/80139); y, SSTSJ Madrid 9 mayo 2002 (JUR 2003/4323), de 6 mayo 2005 (RJCA 2005\328) y de 27 marzo 2008 (JT 2008\544). En concreto, recientemente, en SSTSJ de Cataluña de 21 de Enero y 5 de Junio de 2009 (JUR 2009/388039 y JUR 2009/391749), se insiste en que ante la concurrencia de un modelo urbanístico defendido por el interesado y el ordenado por la Administración, debe prevalecer el criterio de la Administración competente frente a los particulares salvo que se acredite debidamente que la nueva ordenación está incurso en irracionalidad y/o incoherencia o incumple la normativa urbanística. En definitiva, como se afirma en STS de 19 de Febrero de 2008 (RJ 2008/1429) “*Cuando se sostiene que la Administración ha hecho un uso técnicamente incorrecto de su discrecionalidad o ha utilizado desviadamente su potestad de planeamiento, resulta imprescindible, para que puedan prosperar tales motivos de impugnación, que se acredite cumplidamente (Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de fechas 27 de abril de 2004 (RJ 2004\3291), 15 de mayo de 2006, 4 de julio de 2006 –recurso de casación 2227/03 (RJ 2006\5149)–, 31 de julio de 2007 –recurso de casación 194/04 (RJ 2007\4897)–, 30 de octubre de 2007 –recurso de casación 5957/03 (RJ 2008\1327)– y 31 de octubre de 2007 –recurso de casación 6498/03 (RJ 2008\1330)–”* (FJ Segundo).

y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra”¹⁸. Esta doctrina ha sido recogida por nuestra jurisprudencia que, de forma reiterada, ha mantenido que:

“La potestad administrativa de planeamiento urbanístico es fundamentalmente discrecional: con seguimiento del procedimiento establecido –que incluye una intensa participación ciudadana– la Administración configura el modelo territorial que servirá de marco a la vida de los administrados. Tal discrecionalidad no excluye en modo alguno un control jurisdiccional de la actuación de dicha potestad de planeamiento, control éste que, además de recaer sobre los elementos reglados que siempre existen incluso en los supuestos de discrecionalidad, ha de llevarse a cabo a través de diversas técnicas, una de las cuales se refiere precisamente al control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Independientemente de que la Administración tenga discrecionalidad para valorar los hechos o por mejor decir, con carácter previo a tal valoración, éstos han de existir, como presupuesto imprescindible de la coherencia siempre exigible entre tales hechos y el pronunciamiento administrativo que sobre su base se realiza. Todo ello, en lo que ahora importa, implica que la realidad física en la que se basa el planteamiento urbanístico ha de tener una existencia real para justificar las determinaciones de aquél” (FJ Segundo de la STS de de 22 de Septiembre de 1986 (RJ 1986/6078), ponente Delgado Barrio)¹⁹.

“Los hechos son tal como la realidad los exterioriza”, de forma que *“no le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su apreciación”*, afirma de manera constante la jurisprudencia²⁰.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *“La lucha contra las inmunidades del poder”*, Cuadernos Civitas, 1989, redundando en esta afirmación, mantendrá que *“La valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”* (páginas 31 y 32).

¹⁹ Refiriéndose al concreto supuesto de hecho contemplado, la citada Sentencia formulará la siguiente consideración: *“En el supuesto litigioso se discute si determinado terreno, calificado como “patio a conservar”, merece o no esta consideración. Y el examen de la realidad de los hechos, como con acierto advierte la sentencia apelada, pone de relieve que dicho terreno –folios 37 y siguientes– ni guarda conexión con el edificio sito en la Calle General Prim, ni por sí solo, dados sus tamaños, ubicación y contenido, tiene interés como espacio verde. Así las cosas, la realidad física no justifica en modo alguno la calificación urbanística discutida –faltan los hechos que podrían servir de base–, sin que la posible existencia de una infracción urbanística pueda merecer otra valoración que la hecha por la sentencia apelada”* (FJ Tercero).

²⁰ Esta doctrina es plenamente aplicable en el ámbito de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico y se encuentra expresamente recogida en los siguientes pronunciamientos: A). Con

3. Cumplimiento de las exigencias de los principios generales del Derecho: El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: racionalidad y motivación de las decisiones urbanísticas discrecionales

El carácter informador de los principios generales del Derecho condiciona, igualmente, el ejercicio de la actividad discrecional de la Administración. Los principios generales del derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.4 del Código Civil, informan todo el Ordenamiento Jurídico y, por tanto, también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, lo que obliga a que la actuación de ésta haya de ajustarse a las exigencias de aquellos,

anulación de la determinación urbanística por falta de coherencia de los hechos con la realidad en la que se apoyan: STS de 20 de Marzo de 1990 (RJ 1990/2246), que anula edificabilidad de suelo litigioso que habrá de concretarse atendiendo a la nueva anchura de las calles que resulta de la Modificación del Plan General Metropolitano de Barcelona; STS de 8 de Octubre de 1990 (RJ 1990/7842), que anula la calificación de los terrenos como rústico protegido dado que la realidad de los hechos, por un lado y la coherencia necesaria en el desarrollo de los criterios de planificación, por otro, determinan la conclusión de que la calificación litigiosa no se ajusta a las exigencias de la racionalidad en la actuación administrativa; STS de 2 de Abril de 1991 (RJ 1991/3278), que anula los actos impugnados que califica de forma diferente dos partes de una misma finca, de actividades en suelo no urbanizable y de agrícola complementario, dado que la contraposición de ambos conceptos, precisamente al mismo nivel, hace necesario por razones de coherencia mantener para todo el ámbito superficial de la citada finca la calificación de “actividades especiales en suelo no urbanizable”, que ha de entenderse como una atribución a la totalidad de la finca como elemento complementario; STS de 15 de Marzo de 1993 (RJ 1993/2523), que anula la calificación de “verde privado de interés especial” otorgada a la finca núm. 47 de la calle Bisbe Grivé de Granollers por no ser conforme a derecho sin perjuicio de la calificación que a la misma le otorgue la Administración con arreglo a Derecho y a salvo las vías impugnatorias contra esa calificación; y, STS de 21 de Septiembre de 1993 (RJ 1993/6623), que anula la calificación como equipamiento cultural del Teatro Fíguro de Madrid, a fin de que con una completa motivación se dicte la resolución procedente en Derecho; STS de 21 de Enero de 1997 (RJ 1997/1865), que aprecia la existencia de desviación de poder en nuevo suelo industrial de terrenos clasificados con anterioridad como no urbanizables, agrícola protegidos; STS de 11 de Marzo de 1997 (RJ 1997/1870), que anula clasificación de suelo no urbanizable de terrenos clasificados con anterioridad como suelo urbanizable de uso industrial. B). Por su parte, contienen pronunciamientos favorables a la decisión planificadora, no apreciándose irracionalidad o incoherencia en la solución adoptada: STS de 11 de Julio de 1987 (RJ 1987/6877), que mantiene la clasificación de suelo no urbanizable al no haberse probado datos de hecho que permitan pensar que la ordenación resulte irracional, arbitraria o incoherente; STS de 30 de Abril de 1990 (RJ 1990/3627), que mantiene la calificación de los terrenos al considerar que el problema planteado sobre ordenación de parcela litigiosa con alteración de zonas verdes, es desde luego un problema respecto de cuya solución caben opiniones distintas, tratándose del núcleo de oportu-

ya que la Administración no sólo está sometida a la Ley sino también al Derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 CE. Estas consideraciones, en el ámbito de la discrecionalidad urbanística, son recogidas, reproduciendo doctrina anterior del Tribunal Supremo, por la STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/2673), en los siguientes términos:

idad que integra la esencia misma de la discrecionalidad, caracterizada por la posibilidad de elegir entre soluciones jurídicamente indiferentes, no advirtiendo la Sala dentro de la decisión adoptada irracionalidad alguna que habilite un pronunciamiento anulatorio; STS de 22 de Diciembre de 1990 (RJ 1990/10183), que mantiene la clasificación y calificación de los terrenos al considerar que la concepción de la fachada marítima como una unidad de altura constante o como la sucesión de dos zonas con corte diferenciador, implica una opción que entra dentro del núcleo mismo de oportunidad propio de la discrecionalidad del planeamiento, afecta a la estética del paisaje ciudadano, cuestión esta perfectamente opinable, debiendo prevalecer el criterio ordenador de los representantes de la comunidad ciudadana, al no apreciarse en la desigualdad estudiada una irracionalidad que la vicie de arbitrariedad; STS de 24 de Diciembre de 1990 (RJ 1990/10191), que mantiene la clasificación y calificación de los terrenos como verde existente al no apreciarse irracionalidad alguna en la actuación de la potestad de planeamiento impugnada; STS de 11 de Febrero de 1991 (RJ 1991/784), que mantiene la clasificación y calificación de los terrenos al destacarse que la racionalidad del planeamiento no se circunscribe a la exigencia de una ordenación con criterios puramente funcionales con proyección de futuro sino que alcanza también a la conservación de los elementos que reflejan la historia de la ciudad y con ello la determinación discutida aparece revestida en su fundamentación de una racionalidad bastante para excluir la vulneración de las exigencias de los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad; STS de 27 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2223) que mantiene clasificación y calificación de los terrenos al no apreciarse irracionalidad alguna en la determinación impugnada y si en cambio aparece una justificación, por razones de protección del paisaje; STS de 20 de Enero de 1992 (RJ 1992/715), que mantiene la calificación de terrenos como zona ajardinada, al aparecer racionalmente fundada con una motivación que no ha sido desvirtuada con la adecuada base pericial; STS de 17 de Marzo de 1992 (RJ 1992/3283), que mantiene determinación de anchura de vial por ser conforme con los límites de la potestad de planeamiento, al no apreciarse ninguna irracionalidad que pueda determinar un pronunciamiento anulatorio; STS de 14 de Abril de 1992 (RJ 1992/4038), que mantiene clasificación de suelo no urbanizable, zona forestal de conservación, al no apreciarse ninguna irracionalidad en la misma; STS de 8 de Junio de 1992 (RJ 1992/5148), que mantiene calificación de terreno como zona verde y aparcamiento al no existir ninguna base para pensar en una irracionalidad de la calificación impugnada; STS de 9 de Febrero de 1994 (1994/1443), que mantiene la clasificación como suelo no urbanizable especialmente protegido al no apreciarse en el caso ninguna discordancia de la clasificación impugnada con la realidad de hecho a que se refiere; STS de 20 de Abril de 1998 (RJ 1998/3095), que confirma la posibilidad de alteración de la calificación urbanística con destino de parcela propiedad del Estado para espacio libre en el Plan General de Ordenación Urbana de Suances; STS de 27 de Mayo de 1998 (RJ 1998/4374), que revoca sentencia de instancia, confirmando clasificación de suelo urbanizable de terreno en que se halla masa arbórea al no acreditarse suficientemente que fuese irrazonable o injustificada, debiendo prevalecer la voluntad planifica-

“...potestad administrativa de planeamiento urbanístico es fundamentalmente discrecional; con seguimiento del procedimiento establecido que incluye una abierta participación ciudadana, lo cierto es que es la Administración quien configura el modelo territorial que servirá de marco a la vida de los administrados. Pero tal discrecionalidad no excluye, en modo alguno, un control jurisdiccional de la actuación de dicha potestad de planeamiento, control

dora del Ayuntamiento; STS de 20 de Marzo de 1999 (RJ 1999/2802), por la que se rescinde parcialmente sentencia de instancia manteniéndose la procedencia de revisión y adaptación del Plan de Ourense que reordena manzana con alteración del fondo de solar edificable; STS de 4 de Marzo de 2000 (RJ 2000/2457), por la que se confirma la viabilidad de Plan Especial de Reforma Interior en desarrollo de plan superior sin que lo vulnere que tiene como finalidad actuaciones de rehabilitación y renovación de viviendas en cumplimiento de legislación sectorial; STS de 10 de Marzo de 2004 (RJ 2004/2744), que mantiene determinaciones relativas clasificación y calificación de suelo contenidas en Normas Subsidiarias Municipales; y, STS de 16 de Diciembre de 2004 (RJ 2005/813), que mantiene la superficie mínima de parcela en 1.600 m² al aparecer la urbanización de referencia consolidada en más de un ochenta y cinco por ciento con parcelas edificadas de más de 1.600 m² de superficie, por lo que, de permitirse por el nuevo planeamiento una parcela mínima de 400 m², además de modificarse la imagen de la urbanización, se crearían problemas de infraestructura y servicios, razón por la que resulta razonable y acorde con los hechos, que sirven de presupuesto a la discrecionalidad, fijar como superficie de la parcela mínima en el ámbito de dicha urbanización la de 1600 m²; STS de 3 de Julio de 2007 (RJ 2007/3753), por la que se confirma el cambio de clasificación de suelo como suelo no urbanizable de especial protección en relación con Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid; STS de 25 de Febrero de 2008 (RJ 2008/260), por la que se confirma ubicación de grandes superficies comerciales en la zona afectada por al Plan Parcial; STS de 13 de Mayo de 2008 (RJ 2008/2056), que declara ha lugar al recurso planteado contra el PGOU de Getxo, en las determinaciones a que se contrae este recurso relativas a la clasificación del suelo como urbano y suelo urbanizable residencial de baja densidad a la calificación de uso terciario; STS de 24 de Julio de 2008 (RJ 2008/4443), por la que se desestima recurso contra la aprobación definitiva de la revisión del Plan General Municipal de Ordenación de Sant Quirze del Vallès, en relación con cambio de clasificación de suelo como suelo no urbanizable por inadecuación para el desarrollo urbano; STS de 15 de Enero de 2010 (JUR 2010/42281), por la que se confirma clasificación de suelo como no urbanizable de protección contenida en Normas Subsidiarias del Planeamiento del municipio de El Sauzal (Tenerife). Asimismo, no aprecian arbitrariedad ni desviación de poder en base a la teoría de los hechos determinantes las SSTSJ de Cantabria, de 18 de Enero de 2000 (RJCA 2000/461); de Granada, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/1956); de Madrid, de 22 de Noviembre de 2002 (RJCA 2002/32), de 5 de Abril de 2007 (JUR 2007/168583), de 19 de Septiembre de 2007 (RJCA 2007/31), y de 14 de Noviembre de 2007 (RJCA 2007/349); y del País Vasco, de 31 de Octubre de 2003 (RJCA 2003/585); de 7 de Julio de 2005 (RJCA 2005/190); de Valladolid, Castilla y León, de 20 de Julio de 2006 (RJCA 2006/948); de Burgos, Castilla y León, de 6 de Octubre de 2006 (RJCA 2006/949); del País Vasco, de 8 de Marzo de 2007 (JUR 2007/137483); de la Comunidad Valenciana, de 6 de Abril de 2007 (RJCA 2007/164); de Murcia de de 14 de Julio de 2007 (RJCA 2007/375) y de 26 de Octubre de 2008 (RJCA 2008/107); de las Islas Baleares, de 17 de Enero

que, además de recaer sobre los elementos reglados que siempre existen, incluso en los supuestos de discrecionalidad, ha de llevarse a cabo a través de diversas técnicas, una de las cuales se refiere al control de los hechos determinantes de la actualidad administrativa; y en segundo lugar mediante el enjuiciamiento de esa actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho artículo 1.4 del Código Civil que, al informar todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, imponen que la actuación de ésta se ajuste a las exigencias de esos principios por cuanto la Administración no sólo está sometida a la Ley sino también al Derecho, a tenor del artículo 103 de la Constitución. En definitiva, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos y, en segundo lugar, a valorar si la acción planificadora discrecional guarda coherencia y racionalidad con aquéllos, de suerte que cuando sea clara la falta de lógica, de coherencia, de racionalidad, de la solución adoptada con la realidad que es su presupuesto fundamental, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico e incluso el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el artículo 9 de la Constitución, y por ello debe rechazarse una discrecionalidad que se ha convertido en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna. En resumen, la actividad potestativa de la Administración para alterar, modificar o revisar o formular «ex novo» un planeamiento urbanístico, debe estar suficientemente justificada, armonizada y apoyada en datos objetivos exentos de error, para no dar lugar a que la impropiedad en el ejercicio del «ius variandi» atente a los límites racionales y naturales de sus facultades discrecionales, dirigidas a la satisfacción del interés público, tal y como, casuísticamente, se expresa en el artículo 3 Ley del Suelo” (FJ Segundo)²¹.

de 2008 (RJCA 2008/138); de la Comunidad Valenciana, de 25 de Enero de 2008 (JUR 2008124596); de las Islas Canarias, Las Palmas, de 3 de Abril de 2008 (JUR 2008/252109); de Aragón, de 26 de Diciembre de 2008 (JUR 2008/139382). Por el contrario, declaran procedente la nulidad de las actuaciones impugnadas, apreciándose desviación de poder en base al control de los hechos determinantes, las SSTs de la Comunidad Valenciana, de 3 de Diciembre de 2003 (RJCA 2003/264); del País Vasco, de 16 de Septiembre de 2003 (RJCA 2003/493); de Valladolid, Castilla y León, de 13 de Junio de 2007 (JUR 2007/343548); 23 de Junio de 2003 (RJCA 2003/1053) y de 13 de Junio de 2007 (JUR 2007/343548); de la Comunidad Valenciana, de 2 de Abril y de 22 de Diciembre de 2004 (RJCA 2004/1055 y RJCA 2005/2), y 24 de Febrero de 2006 (JUR 2006/227548); del País Vasco, de 29 de Octubre de 2004 (RJCA 2004/1157); de Burgos, Castilla y León, de 13 de Enero de 2006 (JUR 2006/98567); de Madrid de 19 de Enero de 2007 (RJCA 2007/638); de Murcia, de 25 de Mayo de 2007 (RJCA 2007/788); de Cantabria de 29 de Marzo de 2007 (RJCA 2007/275) y 26 de Junio de 2007 (RJCA 2007/656); de Extremadura, de 27 de Septiembre de 2008 (RJCA 2008/53).

²¹ Doctrina recogida inicialmente, entre otras muchas, en las SSTs de 5 de Diciembre de 1990 (RJ 1990/9730), de 5 de Febrero de 1991 (RJ 1991/772), de 12 de Marzo de 1991 (RJ 1991/1985), de 16 de Noviembre de 1992 (RJ 1992/8986), y, de 21 de Enero de 1997 (RJ 1997/1865).

En este sentido, es clásica la doctrina que reproduce la STSJ del País Vasco de 29 de Octubre de 2004 (RJCA 2004/1157), al recordar que:

“Ciertamente la discrecionalidad del planeamiento se manifiesta muy destacadamente en el momento de la calificación del suelo, pero ello no elimina su revisión por los Tribunales. El “genio expansivo” del Estado de derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de Administración, tan ampliamente dibujado por el artículo 106.1 CE, se extiende incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto: A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración. B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del derecho que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas. Tales principios –artículo 1.4 título preliminar del Código civil– informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos –la Administración no está sometida sólo a la Ley sino también al derecho, artículo 103.1 CE–. Claro es que esta doctrina es plenamente aplicable a los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento. Por ello la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –artículo 9.3 CE– que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas. Existe a este respecto una frondosa jurisprudencia –SS. 22 septiembre (RJ 1986/6078) y 15 diciembre 1986 (RJ 1987/1139), 19 mayo (RJ 1987/6877) y 21 diciembre 1987, 18 julio 1988, 23 enero y 17 junio 1989, 20 marzo (RJ 1990/2246) y 22 diciembre 1990 (RJ 1990/10183), 11 febrero 1991 (RJ 1991/784) etc.–. Vemos las pautas del ejercicio de la potestad discrecional del planificador y las pautas de control de dicha actividad, que como se viene reiterando son en esencia determinar si concurren los hechos determinantes de la decisión; si se da la arbitrariedad, si se infringen los principios generales del derecho y si se da desviación de poder” (FJ Décimo.5)²².

²² En el mismo sentido, las SSTSJ de Granada, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/1950); del País Vasco de 16 de Mayo de 2001 (RJCA 2001/1296), de 27 de Septiembre de 2002 (RJCA

Es así que adquiere especial trascendencia el *principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*²³, consagrado en el artículo 9.3 CE, como principio general que condiciona de manera determinante el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento, ya que como ha quedado reflejado en la jurisprudencia citada anteriormente, “cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –artículo 9.3 de la Constitución– que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas...”²⁴.

2002/169), y de 31 de mayo y 31 de Octubre de 2003 (RJCA 2003/831 y RJCA 2003/585); de Madrid, de 22 de Noviembre de 2002 (RJCA 2002/32); de Burgos y Castilla–León, de 11 de Enero de 2002 (RJCA 2002/293); de la Comunidad Valenciana, de 3 de Diciembre de 2003 (2003/264); de Burgos, Castilla y León, de 13 de Enero de 2006 (JUR 2006/98567); del País Vasco, de 8 de Marzo de 2007 (JUR 2007/137483); y, de Cantabria, de 26 de Junio de 2007 (RJCA 2007/656).

²³ Sin perjuicio de que nos centremos en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como advierte el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en su obra “*La lucha contra las inmunidades de poder*”, Cuadernos Civitas 1983, “las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del Derecho son muy extensos. Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio de iniquidad manifiesta, o el de irracionalidad, o el de buena fe, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines, o el de la naturaleza de las cosas, etcétera. Otros principios se revelan como límites directos más inmediatos y operantes, como el fundamental principio de igualdad, “cornerstone of administrative justice”, y en general todos los derivados de las decisiones políticas fundamentales (en el sentido de Carl Schmitt) y de los derechos y libertades fundamentales de las personas y de las instituciones, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico” (página 47 y 48).

²⁴ En este sentido, además de la reseñada en el párrafo anterior, entre otras muchas, SSTS de 23 de Mayo de 1990 (RJ 1990/4269); de 2 de Octubre de 1990 (RJ 1990/7828); de 23 de Noviembre de 1998 (RJ 1998/9603); y, de 16 de Diciembre de 2004 (RJ 2005/813), que refiriéndose al concreto supuesto enjuiciado, considera que “cabe, según la doctrina jurisprudencial, el control de los aspectos discrecionales de las potestades administrativas a través del control de los hechos determinantes, pues éstos son como la realidad que los exterioriza, y mediante la contemplación de tal actividad discrecional a la luz de los principios generales del derecho, de manera que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, que integra su presupuesto, o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3 de la Constitución, que aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten jus-

El ejercicio del *ius variandi*, tanto por vía de modificación como de revisión, aunque teñido de una profunda discrecionalidad, no puede producirse arbitrariamente, pues está siempre sometido a las exigencias de racionalidad que derivan del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la CE²⁵. De tal forma que, como afirma la STS de 19 de Febrero de 1997 (RJ 1997/1150),

tificadas, y en el caso enjuiciado, con la estimación del recurso de reposición, la Administración autonómica, con la anuencia del Ayuntamiento, llevó a cabo la perfecta congruencia y correlación entre los hechos determinantes y la decisión de elevar la parcela mínima de 400 m2 a 1.600 m2, ya que la urbanización, con independencia de la normativa anterior, se había consolidado en la práctica con parcelas superiores a 1.600 m2, por lo que, como está perfectamente acreditado en los autos, resultaba coherente y dentro de la lógica que el criterio inicial de mantener la parcela mínima en 400 m2 se rectificase en la aprobación definitiva del planeamiento, pues, por vía de recurso, el órgano competente retiene las mismas facultades que en el acto de aprobación, y, por consiguiente, la actuación administrativa se ha guiado por lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley del Suelo de 1976, y así la Sala de instancia no ha extraído de la sentencias que cita la consecuencias para el control del recto ejercicio de la discrecionalidad por la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes” (FJ Sexto). Por su parte, la STS de 9 de Marzo de 2004 (RJ 2004/2805), que desestima recurso interpuesto contra aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de San Bartolomé de Tirajana, en relación con calificación de terrenos como sistema general parque urbano que antes tenían la calificación de residencial, afirma que “...el interés particular en la oposición a la determinaciones urbanísticas del planeamiento no puede prevalecer frente a la potestad planificadora de la Administración que se proyecta sobre un realidad física que debe ser racionalmente disciplinada, adoptando, al efecto, precisos criterios urbanísticos conducentes a dibujar el modelo territorial que se entiende, dentro de lo hacedero, más adecuado para el desarrollo de la personalidad y la convivencia: la ciudad es de todos y por tanto es el interés de la comunidad —representada por la Administración— y no el de unos pocos, el que ha de determinar la configuración de la misma; siempre, naturalmente, que tal configuración no infrinja el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —artículo 9.3 CE (RCL 1978\2836)— que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resulten justificadas, ya que el planeamiento se traza pensando, en primer término, en la ciudad y sus habitantes y no en los propietarios de los terrenos, dado que la utilización del suelo ha de regularse de acuerdo con el interés general, pues así viene impuesto por el artículo 47 de la Constitución Española” (FJ Segundo). Más recientemente, STSJ de Las Palmas, Canarias, de 2 de Marzo de 2006 (RJCA 2006/425); SSTSJ de la Comunidad Valenciana, 24 de Febrero de 2006 (JUR 2006/227548), de 16 de Junio de 2006 (RJCA 2006/774), y 23 de Junio de 2007 (JUR 2007/41242); STSJ de Burgos, Castilla y León, de 6 de Octubre de 2006 (RJCA 2006/949); STSJ del País Vasco, de 8 de Marzo de 2007 (JUR 2007/137483); STSJ de Cantabria, de 26 de Junio de 2007 (RJCA 2007/656).

²⁵ Entre otras muchas, Sentencias de 14 abril y 12 mayo 1992 (RJ 1992/3422 y RJ 1992/4146), de 15 marzo y 21 septiembre 1993 (RJ 1993/2523), de 21 de Septiembre de 1993 (RJ 1993/6623), de 28 de Enero de 1994 (RJ 1994/501), 15 de Julio de 1996 (RJ 1996/7381), de 6 de Mayo de 1997 (RJ 1997/4051), y de 10 de Junio de 2003 (RJ 2003/5627). Asimismo, SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de Abril de 1995 (RJCA 1995/170) y de 6 de Abril de 2007 (RJCA 2007/164); de Baleares, de 26 de Julio de 1996 (RJCA 1996/1958); y, de Castilla-La Mancha, de 2 de Julio de 1999 (RJCA 1999/4907); de Burgos, Castilla y León, de 6 de

“En definitiva, por mucho margen de discrecionalidad que existe en la potestad urbanística, la decisión administrativa habrá de ser anulada si no guarda coherencia con los hechos o no resulta racionalmente justificada, pues así lo exige el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –artículo 9.3 de la Constitución Española–, y así lo hemos declarado reiteradamente (por ejemplo, en Sentencias de 13 y 20 marzo, 30 abril, 4 mayo y 18 septiembre 1990 (Rfj 1990/1964, Rfj 1990/2246, Rfj 1990/3627, Rfj 1990/3799 y Rfj 1990/7094)” (FJ Séptimo).

Precisamente, respecto a la “racionalidad” que debe guiar la actuación administrativa discrecional, nos dirá una jurisprudencia muy consolidada recogida en la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 3 de Diciembre de 2003 (RJCA 2003/264), que

“...ha de señalarse que de la racionalidad en la actuación administrativa deriva una necesidad de coherencia en el desarrollo de los criterios de planificación (STS de 8 de Octubre de 1990, Rfj 1990/7842), pues, siendo presumible que las reglas generales del plan obedecen a un diseño racional, apartarse de él supone una incoherencia si tal desviación no aparece respaldada por una justificación suficiente (STS de 20 de Marzo de 1990, Rfj 1990/2246)”²⁶.

Octubre de 2006 (RJCA 2006/949); de Cantabria, de 28 de Mayo de 2007 (RJCA 2007/591); de Murcia de 24 de Febrero de 2007 (JUR 2007/4481); de 15 de Junio de 2007 (RJCA 2007/672) y de 3 de Noviembre de 2007 (JUR 2007/182721)..

²⁶ En este sentido, STS de 15 de Marzo de 1993 (RJ 1993/2523), precursora de esta teoría y de la que fuera ponente Delgado Barrio, estimando parcialmente la demanda articulada contra aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de Granollers, anula la calificación de “verde privado de interés especial” otorgada a la finca de los recurrentes por no ser conforme a derecho sin perjuicio de la calificación que a la misma le otorgue la Administración con arreglo a Derecho y a salvo las vías impugnatorias contra esa calificación. Sentada la doctrina jurisprudencial, la citada sentencia se centra en el análisis del supuesto de hecho contemplado, considerando que *“el plan litigioso ha establecido en su artículo 119 los criterios conducentes a la calificación de un terreno como verde privado de interés especial, es claro que ante todo ha de examinarse si las características del suelo al que se refieren estos autos justificaban, en coherencia con aquellos criterios, la calificación hecha. El ya citado artículo 119 –folio 138 de la pieza segunda del expediente–, siguiendo la traducción que hace la Generalitat en su primer escrito de alegaciones, prescribe la calificación de “verde privado de interés especial” para “aquellos espacios no edificados con una vegetación que conviene proteger o integrarla en un ambiente o entorno a preservar”. Dos son pues los criterios esenciales: la existencia de una vegetación a proteger o su integración en el entorno ... En definitiva, el perito procesal, Jefe del Departamento de Jardines Históricos del Ayuntamiento de Barcelona, concluye indicando que el planificador no ha tenido en cuenta las circunstancias y factores que acaban de señalarse y que “condicionan de manera absoluta el huerto jardín de autos” –folio 167–. Y sobre la base de este dictamen pericial, la Sala entiende que no existía en el terreno litigioso una vegetación apta para provocar la subsunción en el artículo 119 de las Normas del Plan impugnado” (FJ Tercero y Cuarto). En la misma línea, pueden consultarse las SSTS de 15 de Marzo*

A lo que añadirá, siguiendo la doctrina ya expresada por nuestro Tribunal Supremo, que:

“...Y esta coherencia del Plan, exigencia racional imprescindible salvo causa justificada, implica una importante reducción de la discrecionalidad, discrecionalidad esta profunda en el momento inicial de la redacción y atenuada a medida que se va produciendo su concreto desarrollo. En efecto, sobre la base de una observación de la realidad y de una reflexión en la que atendiendo a ciertos «objetivos» se contemplan y «analizan» las «distintas alternativas posibles» ha de producirse la «elección» de un determinado modelo territorial que además ha de «justificarse»; éste es el momento de máxima discrecionalidad pues son posibles varias –incluso muchas– soluciones jurídicamente indiferentes. Pero después, una vez elegido el modelo y fijados los «criterios de la ordenación» propuesta, con las líneas generales del planeamiento se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión –“elección”– del planificador: las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones se va reduciendo, siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia –así, SS. 2–4–1991 (RJ 1991/3278), 15–3–1993, etc.–. Es claro pues que la propia dinámica de la redacción del planeamiento lleva consigo una reducción progresiva de su característica discrecionalidad” (FJ Tercero)²⁷.

Todo ello, conforme a una doctrina jurisprudencial muy reiterada, que nos recuerda la STS de 4 de Febrero de 2004 (RJ 2004/2196), *“el ejercicio de la potestad de planeamiento implica llevar a cabo una actividad jurídica reglada, que viene sometida a normas formales o materiales de obligada observancia, y una actividad de oportunidad técnica o discrecional, en la que se elige entre varias alternativas una determinada solución del modelo global y orgánico del territorio, que se concreta, en relación con el uso del suelo, en la asignación de un destino a cada terreno, según el criterio técnico de los redactores del Plan”*²⁸.

de 1993 (RJ 1993/6623) y de 3 de Enero de 1996 (RJ 1996/1788). Asimismo, las SSTSJ de Las Palmas, de 22 de Mayo de 1998 (RJCA 1998/2551); de Cantabria, de 16 de Marzo de 1999, 26 de Abril de 1999 y de 26 de Junio de 2007 (RJCA 1999/565, RJCA 1999/1127 y RJCA 2007/656); del País Vasco de 8 de Octubre de 1999 (RJCA 1999/3593) y de 8 de Marzo de 2007 (JUR 2007/137483); y, de Burgos, Castilla y León, de 16 de Octubre de 2002 (JUR 2002/249531).

²⁷ En concreto, reproduce la doctrina recogida en la STS de 21 de Septiembre de 1993 (RJ 1993/6623), ponente Delgado Barrio.

²⁸ Doctrina inicialmente formulada, entre otras, en la STS de 2 de Octubre de 1990 (RJ 1990/7828), ponente García Ramos Iturralde, que continúa señalando *“cuya discrecionalidad viene limitada por la congruencia de esas soluciones concretas elegidas con las líneas directrices que diseñan el planeamiento, su respeto a los estándares legales acogidos en el mismo y su adecuación a los datos objetivos en que se*

Pero, discrecionalidad no es arbitrariedad²⁹. La actividad de planificación urbanística, como ya hemos tenido ocasión de comentar, se debe ejercer siempre con estricta observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la CE. y es precisamente la motivación la que permite conocer las causas de la decisión administrativa discrecional. La discrecionalidad del planeamiento exige la motivación de las opciones elegidas por el Plan, para evitar que el resultado de la discrecionalidad sea una arbitrariedad³⁰.

apoya, siendo condición esencial para el éxito de una pretensión de nulidad del Plan o de algunas de sus determinaciones singularizadas la de que se constate la infracción de una norma legal, o se acredite disconformidad o incongruencia con los hechos determinantes de la decisión, de tal forma que la propuesta del demandante resulte más acorde con los criterios racionales de técnica y oportunidad que deben gobernar el planeamiento urbanístico discrecional” (FJ Segundo). En el mismo sentido, SSTS de 17 de Mayo de 1990 (RJ 1990/4171), de 23 de Mayo de 1990 (RJ 1990/4269), de 20 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2011), de 1 de Octubre de 1991 (RJ 1991/7714), de 20 de Mayo de 1992 (RJ 1992/4286), y de 21 de Enero de 1997 (RJ 1997/1865). Asimismo, SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/2637); de Valladolid, de 23 de Junio de 2003 (RJCA 2003/1053); de la Comunidad Valenciana, de 7 de Octubre y de 22 de Diciembre de 2004 (RJCA 2004/1062 y RJCA 2005/2), y de 24 de Febrero (JUR 2006/227548).

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en *“Curso de Derecho Administrativo”*, op. citada página 463, y, entre otras muchas, SSTS de 8 de Octubre de 1991 (RJ 1991/7604); de 15 de Julio y 15 de Noviembre de 1995 (RJ 1995/5855 y 1995/8549), de 19 de Septiembre de 1997 (RJ 1997/6598), y de 25 de Julio de 2006 (RJ 2006/5136). Asimismo, SSTSJ de Murcia, de 25 de Enero de 2002 (JUR 2002/88017); de Burgos, Castilla y León, de 28 de Junio de 2002 (RJCA 2002/804); de Cataluña, de 19 de Julio de 2002 (RJCA 2002/1076); de Las Palmas, de 17 de Septiembre de 2002 (JUR 2002/79053); Extremadura, de 14 de Octubre de 2003 (RJCA 2003/1058); de Santa Cruz de Tenerife, de 30 de Enero de 2004 (RJCA 2004/71095); y de Granada, de 24 de Noviembre de 2004 (JUR 2004/28240), de la Comunidad Valenciana de 28 de 2006 (JUR 2006/223874), de Sevilla de 10 de Enero de 2006 (JUR 2006/90604) y de 31 de Enero de 2008 (RJCA 2008/168); y, de Las Palmas, Canarias, de 3 de Abril de 2007 (RJCA 2007/808).

³⁰ El TC ha afirmado que *“... la facultad legalmente atribuida a un órgano para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión firmemente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma, en evitación de toda posible arbitrariedad que, por lo demás, vendría prohibida por el artículo 9.3 CE”* (STC 224/1992, de 14 de diciembre). Por citar algunos ejemplos, en la jurisprudencia más reciente consultada, correspondiente a los cuatro últimos años, se estima procedente la impugnación planteada por falta de motivación suficiente declarándose la nulidad de las actuaciones, en los siguientes casos: SSTS de 21 de Junio de 2006 (RJ 2006/5965); de 25 de Julio de 2006 (RJ 2006/5136); de 5 de Febrero de 2008 (RJ 2008/592); de 24 y 30 de Julio de 2008 (RJ 2008/4443 y RJ 2008/4511); y SSTSJ de Navarra, de 8 de Junio de 2006 (JUR 236339), y de Madrid de 8

Es así como la motivación se convierte en elemento clave para distinguir entre una decisión discrecional y una decisión arbitraria³¹. La Administración goza de una amplia discrecionalidad, que no arbitrariedad, para adoptar las soluciones más idóneas para la búsqueda del interés general en el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico, debiendo quedar debidamente reflejado en la documentación del Plan, en concreto, en la Memoria del Plan, como documento de especial relevancia a estos efectos, la justificación del modelo elegido.

de Noviembre de 2008 (RJCA 2007/350). Por el contrario, se desestiman los recursos presentados al considerarse suficiente la motivación planteada, declarándose improcedente la nulidad de las actuaciones, en los siguientes casos: SSTS de 19 de Abril de 2006 (RJ 2006/4700); de 14 de Febrero de 2007 (RJ 2007/1803); de 10 de Septiembre de 2007 (RJ 2007/6930); de 13 de Mayo de 2008 (RJ 2008/2056); de 30 de Julio de 2008 (RJ 2008/4512); de 16 de Noviembre de 2009 (JUR 2009/482141); de 4 de Diciembre de 2009 (JUR 2010/3349); de 15 de Enero de 2010 (JUR 2010/42283); y, SSTSJ de Castilla y León, Valladolid, de 9 de Febrero de 2006 (JUR 2006/105437) y de 1 de Abril de 2009 (JUR 2009/221288); de la Comunidad Valenciana, de 21 de Febrero de 2006 (RJCA 2006/754), de 28 de Julio de 2008 (JUR 2009/4787), y de 26 de Diciembre de 2008 (RJCA 2009/420); de Castilla y León, Burgos, de 29 de Septiembre de 2006 (RJCA 2007/174); de Cataluña de 30 de Enero de 2007 (JUR 2007/245300); de Madrid, de 24 de Noviembre de 2007 (JUR 2007/164215); de Aragón, de 26 de Diciembre de 2007 (JUR 2008/139382), y de 31 de Enero de 2008 (JUR 2009/33171), y, de Andalucía, Sevilla, de 18 de Septiembre de 2008 (RJCA 2008/411).

³¹ Como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en *“Arbitrariedad y discrecionalidad”*, Cuadernos Cívitas, 1991, “La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho, arbitrario, como con todo acierto concluyen las Sentencias de 30 de Junio de 1982, 15 de Octubre y 29 de Septiembre de 1985, entre otras ... El poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental” (páginas 106, 107 y 108). Por su parte, como afirma DELGADO BARRIO, J., en op citada, “Dado que las potestades administrativas, y por tanto también las discrecionales, son atribuidas por el ordenamiento jurídico a la Administración para que ésta pueda servir los intereses generales –artículo 103.1 de la Constitución– es claro que la actuación de aquéllas no puede legalmente ser cauce hábil para la arbitrariedad. Y es la motivación de las decisiones discrecionales un importante instrumento a la hora de evitar que el resultado de la discrecionalidad se una arbitrariedad” (página 41).

En este sentido, la jurisprudencia ha destacado la importancia de la Memoria como documento que refleja la “progresiva autolimitación” de la discrecionalidad. Así, en STS de 21 de Septiembre de 1993 (RJ 1993/6623), ponente Delgado Barrio, se manifiesta que,

“... la Memoria resulta ser así un contexto dominante para el resto del plan. Su importancia es manifiesta: A) Desde el punto de vista del interés público, porque viene a asegurar que verdaderamente se va a hacer efectivo en la realidad el modelo territorial justificadamente elegido. B) En el terreno de la garantía del ciudadano, porque con la Memoria podrá conocer la motivación de las determinaciones del plan y por tanto ejercitar con el adecuado fundamento el derecho a la tutela judicial efectiva –artículo 24.1 de la Constitución– con lo que, además pondrá en marcha el control judicial de la Administración –artículo 106.1 de la Constitución– que demanda también el interés público. Así lo declara la jurisprudencia destacando que la Memoria es ante todo la motivación del plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento. Y esta Memoria no es un documento accidental que pueda existir o no sino una exigencia insoslayable de la Ley –artículo 12.3.a) del Texto Refundido de 1976, a la sazón vigente, y hoy artículo 72.4.a) del Texto Refundido de 26-6-1992–. Las normas en nuestro sistema jurídico pueden tener o no un preámbulo o exposición de motivos. Sin embargo el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa –SS. 7-2-1987 (Rf 1987/2750), 17-10-1988 (Rf 1988/7760), 9-5-1989 (Rf 1989/4114), 6-11-1990 (Rf 1990/8803), 22-5-1991 (Rf 1991/4286), etc.– exige como elemento integrante esencial la Memoria: la profunda discrecionalidad del planeamiento, producto normativo emanado de la Administración y que pese a ello está habilitado para regular el contenido del derecho de propiedad –artículo 33.2 de la Constitución y SS. 2-2-1987 (Rf 1987/2043), 17-6-1989 (Rf 1989/4732), 28-11-1990 (Rf 1990/9307), 12 febrero, 11 marzo y 22 mayo 1991 (Rf 1991\948, Rf 1991/1982 y Rf 1991\4286), etc.– explica la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad. De su contenido ha de fluir la motivación de las determinaciones del planeamiento –SS. 9 julio y 20 diciembre 1991 (Rf 1991\9737 y Rf 1992/314), 15-12-1992 (Rf 1992/9834), etc.–. Va de suyo que las modificaciones que la redacción inicial puede sufrir a lo largo de su tramitación han de estar también motivadas –SS. 25 abril y 9 julio 1991 (Rf 1991/3430 y Rf 1991/5737), 13-2-1992 (Rf 1992/2828), etc.– lo que incluye naturalmente las que se introducen por la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva –SS. 18 mayo y 15 diciembre 1992 (Rf 1992/4219)–”(FJ Cuarto)³².

³² En el mismo sentido, SSTSJ de Las Palmas, de 22 de Mayo de 1998 (RJCA 1998/2551), de la Comunidad Valenciana, de 3 de Diciembre de 2002 (RJCA 2003/264), y de Santa Cruz de Tenerife, de 31 de Mayo de 2007 (RJCA 2007/895).

La actividad en que se concreta la potestad discrecional de planeamiento debe estar suficientemente justificada³³, y apoyada en datos objetivos, para impedir que la impropiedad en el ejercicio del “ius variandi” atente contra los límites racionales y naturales de la discrecionalidad que se reconoce y se convierte, como reiteradamente se manifiesta por la jurisprudencia, en causa de decisiones que no resulten justificadas³⁴.

³³ La exigencia e intensidad de la motivación y justificación variará en función del nivel o profundidad del cambio que se efectúe, ya que como nos recuerda la STS de 11 de Noviembre de 2004 (RJ 2005/1931), “Como hemos puesto de manifiesto, entre otras muchas en la STS de 17 de abril de 1991 “sabido es que aquélla (revisión del planeamiento) es una reconsideración integral o total del planeamiento anterior para ajustarlo a la realidad que contempla la Revisión”, y, en orden a su necesaria motivación, se señala que la “motivación general es más que suficiente cuando se trata de una Revisión, que no tiene porqué descender al detalle del cambio de clasificación de tal o cual punto concreto del territorio sobre el que se proyecta, lo cual es propio de la Modificación” (FJ Sexto). Por su parte, también es de destacar la doctrina contenida en la STS de 23 de Febrero de 1993 (RJ 1993/543), al afirmar que, “También la doctrina ha dicho que un Plan General no tiene por qué contener una motivación o explicación concreta y minuciosa de los cambios de clasificación o calificación que haya dispuesto referidos a una específica finca de un administrado, sino una motivación lo suficientemente amplia y justificativa de los cambios introducidos, según se infiere del artículo 12 de la Ley. (SS. 5-12-1990 (RJ 1990/9730), 31 julio y 30 octubre 1991 (RJ 1991/6714 y RJ 1991/9178), 20 mayo, 15 y 30 julio y 16 y 30 noviembre 1992 (RJ 1992/4290, RJ 1992/6169, RJ 1992/6216, RJ 1992/9052 y RJ 1992/9002), por no citar sino las más recientes)” (FJ Segundo).

³⁴ En este sentido, STS de 30 de Junio de 1992 (RJ 1992/5534), que desestimó recurso interpuesto contra el Proyecto de Adaptación-Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Alzira (Valencia), que, entre otras, contienen la siguiente consideración “Una adecuada solución de la cuestión planteada exige tener en cuenta la reiterada doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que el interés particular en la oposición a la revisión de un Plan General de Ordenación Urbana no puede prevalecer frente al «ius variandi» de la Administración que se proyecta sobre un planeamiento urbanístico que debe ser revisado adoptando, al efecto nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del Territorio o de la Clasificación del suelo, motivada por la elección de un modelo territorial distinto, o por la aparición de circunstancias sobrevenidas, de carácter demográfico o económico, que incidan sustancialmente sobre la ordenación o por el agotamiento de la capacidad del Plan, por lo que nada impide que, a través de tal revisión sufran limitaciones las calificaciones del suelo existente, siempre que tal decisión no infrinja el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos – artículo 9.3 de la Constitución – que, lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resultan justificadas” (FJ Segundo). En parecidos términos, STS de 28 de Enero de 1994 (RJ 1994/501), desestimatoria de recurso interpuesto contra el acto de aprobación del proyecto de Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Torrejón de Ardoz (Madrid), y STS de 4 de Febrero de 2004 (RJ 2004/2196), que estimo en parte recurso interpuesto contra la Revisión de las Normas Subsidiarias de Dilar.

Como afirma la STS de 11 de Noviembre de 2004 (RJ 2005/1931),

“potestad de la Administración para alterar, modificar, revisar o formular ex novo un planeamiento urbanístico, debe centrarse la cuestión en que la actividad en que se concreta esa potestad debe estar suficientemente justificada, y apoyada en datos objetivos, para impedir que la impropiedad en el ejercicio de que el ius variandi, atente a los límites racionales y naturales de la discrecionalidad que se reconoce” (FJ Sexto)³⁵.

En este sentido, la Memoria de los Planes sirve de perfecta motivación y justificación a las determinaciones de los mismos, *“constituyendo una verdadera y real exposición de sus motivos”* (STS de 30 de Junio de 1992, RJ 1992/5539). La motivación de las decisiones discrecionales es un importante instrumento a la hora de evitar que el resultado de la discrecionalidad sea una arbitrariedad: en los actos discrecionales *“al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión”* (STSJ de Sevilla, de 20 de Septiembre de 2001, RJCA 2001/316696)³⁶, de suerte que *“la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad”* (STSJ de Granada, de 4 de Febrero de 2004, RJCA 2004/438)³⁷. Así, en el ámbito que nos ocupa, al tener un grado máximo la discrecionalidad administrativa, la motivación ha de tener también una especial intensidad, y de ahí deriva la excepcional importancia de la Memoria.

³⁵ En el mismo sentido, SSTS de 6 de Febrero, 4 de Abril, 22 de Mayo y 6 de Junio de 1990 (RJ 1990/943, RJ 1990/3587, RJ 1990/4180 y RJ 1990/4823); de 5 de febrero, 12 de Marzo y 1 de Octubre de 1991 (RJ 1991/772, RJ 1991/1985 y RJ 1991/7714), de 21 de Junio de 2006 (RJ 2006/5965), de 14 de Febrero de 2007 (RJ 2007/1803), y de 30 de Julio de 2008 (RJ 2008/4512). Asimismo, STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/2637); de Burgos, Castilla y León de 6 de Octubre de 2006 (RJCA 2006/949); de Valladolid, Castilla y León, de 13 de Junio de 2007 (JUR 2007/343548); y, de la Comunidad Valenciana, de 25 de Enero de 2008 (JUR 124596).

³⁶ En el mismo sentido, SSTSJ de Murcia, de 25 de Enero de 2002 (RJCA 2002/88017), de Granada, de 4 de Febrero de 2002 (RJCA 2002/438); de Las Palmas, Canarias, de 18 de Abril de 2006 (JUR 2006/236876); de Sevilla, de 31 de Enero de 2008 (RJCA 2008/163). Todas ellas recordando anterior STS de 7 de Febrero de 1987 (RJ 1987/2908).

³⁷ En el mismo sentido, SSTSJ de Galicia, de 28 de Enero de 1999 (RJCA 1999/327); de Valladolid, de 29 de Diciembre de 2000 (RJCA 2001/255); de Murcia, de 25 de Enero de 2002 (JUR 2002/88017); y, de Burgos, Castilla y León, de 15 de Octubre de 2004 (JUR2004/289718). Todas ellas, recordando STS de 11 de Junio de 1991 (RJ 1991/4874).

4. Otros límites: límites genuinamente urbanísticos y límites urbanísticos ambientales

Junto a los límites ya estudiados, podemos apreciar otros límites a la discrecionalidad de la potestad de planeamiento. Entre éstos, cabe a su vez distinguir los que tienen un carácter genuinamente urbanístico y los que tienen un carácter urbanístico-ambiental. Entre los primeros nos encontramos el carácter reglado de la licencia urbanística y la clasificación reglada del suelo urbano y, entre los segundos, nos encontramos las normas de directa aplicación, los estándares urbanísticos y los límites ambientales a la modificación de los planes cuando ésta suponga alteración de las zonas verdes y espacios libres.

A. Carácter reglado de la licencia urbanística

Las licencias urbanísticas son actos reglados que se otorgan o deniegan de conformidad con el ordenamiento urbanístico, sin que puedan emplearse facultades urbanísticas discrecionales de forma alguna³⁸. El acto de otorgamiento o denegación de una licencia es de condición reglada y no cabe aquí la discrecionalidad³⁹. Como afirma la STSJ de Asturias, de 16 de Enero de 2001 (RJCA 2001/272), ponente Gota Losada,

“Es sabido y así lo proclama reiterada Jurisprudencia, cuya reiteración excusa su específica cita que la licencia de edificación no es un acto constitutivo de restricciones discre-

³⁸ De conformidad con lo establecido en el artículo 178.2 del TRLS 76, “Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de esta Ley, de los Planes de ordenación urbana y Programas de Actuación Urbanística y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento. En el mismo sentido, el artículo 3.1 del RDU incide en el carácter reglado del otorgamiento y denegación de la licencia urbanística. Incluso en el caso de licencias provisionales, la jurisprudencia insiste en el carácter reglado de las licencias al considerar que “tales licencias son el fruto de la actuación de una potestad reglada, ya que el futuro verbal “podrán”, que aparece en el texto del artículo 58.2 (del TRLS 76, relativo a usos y obras provisionales) apunta, no a una discrecionalidad administrativa, sino a una habilitación o atribución de potestad” (Entre otras muchas, SSTS de 21 de Julio de 1994 (RJ 1994/5619), de 7 de Febrero de 1995 (RJ 1995/1073), de 26 de Junio de 1995 (RJ 1995/5031), y de 11 de Noviembre de 1998 (RJ 1998/8125). A lo que añade la STS de 3 de Diciembre de 1991 (RJ 1991/9389), “Ello naturalmente sin perjuicio del margen de apreciación que a la Administración queda en razón del halo de dificultad de los conceptos jurídicos indeterminados que aquel precepto incorpora y que deriva de la existencia de una zona de incertidumbre que media entre las zonas de certeza, positiva y negativa” (FJ Segundo).

³⁹ STS de 14 de Junio de 1994 (RJ 1994/4628), relativa a la denegación de licencia de apertura e instalación de supermercado, considerando el Tribunal que la normativa del Plan General de aplicación es clara y no merece comentarios acerca del contenido de sus postulados.

cionales, constituyendo una especie del género más amplio de las autorizaciones, acto administrativo de los que amplían la esfera jurídica de los particulares, no suponiendo el nacimiento «ex novo» de un derecho, sino que posibilitan el ejercicio de las facultades ínsitas en el derecho de propiedad, no pudiéndose denegar una licencia, si ésta no contraría las normas existentes sobre planeamiento, constituyendo la licencia un acto reglado y debido, no negociado ni discrecional» (FJ Cuarto)⁴⁰.

En concreto, la STSJ de Cataluña, de 14 de Octubre de 2003 (JUR 2003/60889), afirma con rotundidad que:

“En éste control, materializado a través de las licencias urbanísticas, debe desterrarse cualquier atisbo de discrecionalidad, toda vez que como ha reiterado abundante jurisprudencia (SSTS de 26-12-1995 (RJ 1995/1786) y 30-4-1997 (1997/2800)...) el otorgamiento o no de las mismas se incardina en el seno de una competencia municipal (artículo 9 RSCL y artículo 89 de 1995 para el ámbito de Cataluña) absolutamente reglada...” (FJ Segundo).

Este carácter reglado de la licencia de obras alcanza en ocasiones a las propias determinaciones del Plan, así la STS de 8 de Octubre de 1990 (RJ 1990/8129), ponente Delgado Barrio, confirma anulación de denegación de licencia de obras al considerar que la misma debe basarse en normas jurídicas y no en meras recomendaciones, ya que en este caso se pondría en peligro el carácter reglado de las licencias de obras, en los siguientes términos:

“... importa subrayar que la profunda discrecionalidad del planeamiento no puede alterar la naturaleza reglada de la licencia urbanística –Sentencias de 17 de junio de 1989 (RJ 1989/4731) y 6 de junio de 1990 (RJ 1990/4814)–, por lo que este Tribunal anula las determinaciones del plan que por su carácter vago o impreciso pueden poner en peligro aquel carácter típicamente reglado de la licencia. En consecuencia y dado que una mera recomendación no es una norma –éste es el contenido del plan en lo que ahora importa– la Sala estima que el pronunciamiento anulatorio de la sentencia apelada está justificado para no enturbiar las reglas que han de ser tenidas en cuenta a la hora de decidir sobre el otorgamiento o denegación de las licencias –artículo 178.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo–” (FJ Cuarto).

⁴⁰ En el mismo sentido, SSTS de 11 de Diciembre de 1990 (RJ 1990/10039), de 4 de Octubre de 1993 (RJ 1993/7343) y, de 12 de Mayo de 1997 (RJ 1997/3925). Asimismo, STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de Mayo de 1999 (RJCA 1999/1256).

De otro lado, el carácter reglado de la licencia exige en el momento de la redacción inicial del planeamiento, un cierto nivel de concreción que permita conocer los criterios seguidos, para así poder decidir a la hora de conceder o no la licencia. Por su parte, en el momento de ejecución del Plan, si éste está redactado imprecisamente, se exigirá su interpretación sistemática de forma que se tengan en cuenta todos los conceptos indeterminados que estén implícitos en el propio planeamiento⁴¹.

B. Clasificación reglada del suelo urbano: la fuerza normativa de lo fáctico

Uno de los límites de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico radica en la clasificación del suelo urbano, que constituye un imperativo legal que excluye el arbitrio del planificador ya que como nos recuerda la STSJ de Cantabria, de 2 de Noviembre de 2000 (RJCA 2000/2312), ponente Artaza Bilbao,

“Constante doctrina legal (SSTS de 22-5-1986 (RJ 1986/3604), 30-6-1987 [RJ 1987/6605), etc.) viene declarando que si la discrecionalidad característica del planeamiento se manifiesta también a la hora de clasificar el suelo, tal discrecionalidad opera dentro de un conjunto de límites, de entre los cuales es de destacar el que deriva del carácter reglado del suelo urbano, cuya clasificación como tal depende del hecho físico de la urbanización o consolidación de la edificación, de suerte que la Administración queda vinculada por una realidad que ha de reflejar en sus determinaciones clasificatorias. La definición, con rango legal, del suelo urbano constituye, pues, un límite de la potestad de planeamiento, tanto cuando ésta actúa ‘ex novo’ como cuando opera por vía de revisión o modificación. Se trata, en definitiva, del ‘valor normativo de lo fáctico’, expresión acuñada por la jurisprudencia para destacar que la clasificación de un suelo como urbano no depende del arbitrio del planificador, sino que debe ser definido en función de la realidad de los hechos” (FJ Quinto)⁴².

La clasificación del suelo urbano depende del hecho físico de su urbanización básica, como ya se afirmaba en la Exposición de Motivos de la LS

⁴¹ A estas conclusiones llega DELGADO BARRIO, J., en op. citada, al analizar la doctrina jurisprudencial recaída al efecto (páginas 31-34).

⁴² En el mismo sentido, SSTS de 23 de Julio y 24 de Septiembre de 1991 (RJ 1991/6287 y RJ 1991/6972), de 10 de Abril de 1995 (RJ 1995/3021), y de 20 de Diciembre de 1996 (RJ 1996/1785). Asimismo, STSJ de Cantabria, de 24 de Julio 2001 (JUR 2001/278033), y de Burgos, Castilla y León, de 15 de Febrero de 2002 (JUR 2002/61932).

75. Así, la STS de 2 de Noviembre de 1994 (RJ 1994/8492), ponente Barrio Iglesias, recogiendo el sentir de una doctrina muy reiterada en cuanto al carácter reglado de la clasificación del suelo urbano, insiste en la necesidad de contar con los correspondientes servicios urbanísticos, que habrán de ser suficientes y estar integrados en la malla urbana, en “...como ya dijimos en nuestras Sentencias de 23 septiembre 1992 (RJ 199/6982), recogiendo doctrina de otras anteriores, 23 marzo 1993 (RJ 1993/2524), 14 abril 1993 (RJ 1993/2607) y 22 febrero 1994 (RJ 1994/1459), ante todo, la clasificación de unos terrenos como suelo urbano, por concurrir en ellos las circunstancias especificadas en los artículos 78 del tan citado Texto Refundido y 21 del Reglamento de Planeamiento, también citado, es de obligado acatamiento para la Administración, ya que aunque respecto de la clasificación del suelo como urbanizable o no urbanizable tiene la misma una potestad discrecional, según el modelo de planeamiento que haya elegido, para determinar el suelo que haya de urbanizarse en el futuro y el que haya de preservarse de toda urbanización, en cuanto a la clasificación del suelo como urbano debe necesariamente partir de su situación real en el momento de planificar, asignando, forzosamente, esta condición a aquellos terrenos en que concurren, de hecho, las circunstancias que indican los antes citados artículos, y además, que tal clasificación exige, no simplemente el que los terrenos estén dotados de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o haya de construirse, sino también, y sobre lo mismo es ilustrativo el propio artículo 21 y la Exposición de Motivos de la Ley 19/1975, de 2 mayo, refundida en el texto de 9 abril 1976, que tales dotaciones las proporcionen los correspondientes servicios y que el suelo esté insertado en la malla urbana, es decir, que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua y energía eléctrica y de saneamiento de que puedan servirse los terrenos, y que éstos, por su situación, no estén completamente desligados del entramado urbanístico ya existente, el suelo del cual constituya sin duda suelo urbano” (FJ Tercero) ⁴³.

⁴³ Recogiendo esta doctrina, entre otras, se pronuncian a favor de la declaración de suelo urbano: SSTS de 5 de Febrero de 1990 (RJ 1990/942); de 19 de Febrero de 1990 (RJ 1990/1322); de 25 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2026); de 11 de Junio de 1992 (RJ 1992/5079); de 2 de Noviembre de 1994 (RJ 1994/8492); de 17 de Julio de 1995 (RJ 1995/6171); de 28 de Abril de 1997 (RJ 1997/3175); de 3 de Marzo de 1999 (RJ 1999/2159); de 19 de Diciembre de 2002 (RJ 2002/53); de 30 de Abril de 2003 (RJ 2003/4549); y SSTSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, de 27 de Enero de 2006 (JUR 2006/111081); y, de Castilla y León, Burgos, de 19 de Junio de 2009 (RJCA 2009/819). Por el contrario, en base a la misma doctrina, declaran la improcedencia de la clasificación del suelo urbano, por inexistencia de los servicios exigidos: SSTS de 30 de Enero de 1990 (RJ 1990/551); de 24 de Julio de 1990 (RJ 1990/6676); de 26 de Septiembre de 1990 (RJ 1990/9711); de 20 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2006); de 23 de Junio de 1993 (RJ 1993/5312); de 9 de Febrero de 1994 (RJ 1994/1443); de 6 de Marzo de 1997 (RJ 1997/1664); de 25 de Mayo de 1998 (RJ 1998/4372); de 3 de Febrero de 1999 (RJ 1999/667); STS de 19 de

Por su parte, la STSJ de Las Palmas, de 19 de Mayo de 2000 (RJCA 2000/1955), ponente Gómez Cáceres, recogiendo también el sentir muy reiterado por la jurisprudencia anterior, y redundando en la consideración del carácter reglado del suelo urbano, incide en la consideración de que basta la concurrencia de uno de los requisitos exigidos por la ley para imponer dicha clasificación, y así considerará que: *“Ha de advertirse, a este propósito, que el artículo 78 a) del Texto Refundido de 1976 utiliza dos criterios –urbanización o consolidación de la edificación– que al articularse en un sistema alternativo determinan la consecuencia de que basta con que resulte aplicable uno sólo de ellos para imponer la clasificación urbanística establecida en dicho precepto”* (FJ Primero)⁴⁴.

Vemos pues que la clasificación del suelo urbano limita la discrecionalidad del planeamiento, ya que el planificador queda vinculado por “la fuerza normativa de lo fáctico”, pues como ya afirmaba en su día la STS de 20 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2006), ponente García-Rámos Iturralde,

“Ciertamente la potestad innovadora de los Órganos Urbanísticos, respecto del Planeamiento de esta naturaleza que le precede, se halla claramente reconocido por la Jurisprudencia, pero el ejercicio de esa potestad no es absoluto e incondicional y así debe acomodarse teleológicamente al servicio del interés público y del bienestar y conveniencia general a fin de evitar que sin justificación se puedan conculcar legítimos derechos adquiridos o situaciones consolidadas al amparo de un “status” legal que sirva de adecuada y pertinente cobertura. Además debe señalarse que la discrecionalidad característica del planeamiento se manifiesta también a la hora de clasificar el suelo, (sic) pero igualmente debe operarse dentro de un conjunto de límites entre los cuales debe destacarse a los efectos pretendidos el que deriva del carácter reglado del suelo urbano ya que la definición con rango legal del suelo urbano constituye un límite de la potestad del planeamiento, tanto se actúe “ex novo” o por la vía de la revisión o modificación, es decir, la clasificación de suelo urbano constituye un imperativo legal que no queda al libre arbitrio del planificador y depende del hecho físico de la urbanización o de la consolidación de la edificación de suerte que la Administración queda vinculada por la realidad o por la fuerza normativa de lo fáctico, y que hay que reflejar en las determinaciones clasificatorias –Sentencias Tribunal Supremo Sala 4.ª de 26 de septiembre de 1986 (RJ

Octubre de 2006 (RJ 2007/3074); y SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 13 de Enero de 2006 (JUR 2006/98568); de las Islas Canarias, Las Palmas, de 16 de Junio de 2006 (RJCA 2006/721); y, de las Islas Baleares, de 28 de Marzo de 2007 (JUR 2007/213408).

⁴⁴ En el mismo sentido, entre otras muchas, SSTS de 23 de Junio de 1992 (RJ 1992/5312), de 9 de Febrero de 1994 (RJ 1994/1443), y de 6 de Junio de 1995 (RJ 1995/4942). Asimismo, SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 23 de Abril de 2001 (RJCA 2001/1558), y de Baleares, de 22 de Septiembre de 2001 (JUR 2001/291939).

1986/6093), 30 de junio de 1987 (Rf 1987/6605), 14 de diciembre de 1987 (Rf 1987/9482) entre otras—” (FJ Segundo)⁴⁵.

En definitiva, la discrecionalidad característica del planeamiento se manifestará claramente a la hora de configurar el suelo urbanizable y el no urbanizable, pero tal discrecionalidad opera dentro de un conjunto de límites de entre los cuales es de destacar el que se deriva del carácter reglado del suelo urbano⁴⁶.

⁴⁵ Contienen referencia a “la fuerza normativa de lo fáctico”, entre otras, SSTs de 13 de Diciembre de 1989 (Rf 1989/91002); de 20 de Marzo de 1991 (Rf 1991/2006); de 22 de Marzo de 1995 (Rf 1995/3021); de 6 de Mayo de 1997 (Rf 1997/4051); y, más recientemente, de 18 de Marzo de 2003 (Rf 2003/3792). Cabe resaltar igualmente, en cuanto a la desclasificación de suelo urbano en no urbanizable, que precisamente por imperativo de la fuerza de lo fáctico, de no concurrir los requisitos legales no cabe la clasificación de suelo urbano, ya que como afirma la STS de 19 de Diciembre de 2002 (Rf 2003/380), “...la jurisprudencia es muy numerosa en el tratamiento general de la cuestión pero escasa en lo relativo a la desclasificación del suelo urbano en no urbanizable, aunque su estudio permite llegar a una conclusión, desestimatoria de las pretensiones de la demanda. Así, las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1986 (Rf 1986/8124), 21 de septiembre de 1987 (Rf 1987/7162), 29 de febrero de 1988 (Rf 1987/1500), 17 de enero de 1989 (Rf 1989/390), 5 de febrero de 1990 (Rf 1990/942), 13 de marzo de 1991 (Rf 1991/1993), 25 de marzo de 1991 (Rf 1991/2026), y la de 29 de enero de 1992 (Rf 1992/1241) establecen que sin la existencia de los requisitos contemplados en el art. 78 LS no cabe clasificación de suelo urbano, toda vez que la clasificación viene predeterminada legalmente, que los servicios urbanísticos de la citada norma implican unas dotaciones que les permiten insertarse en la malla urbana constituida por las vías perimetrales y las redes generales de suministro, siendo la definición de suelo urbano reglada ante la que no cabe la discrecionalidad de la Administración ni su potestad de ejercitar el “ius variandi”, que se limitaría en esos supuestos a los usos y aprovechamientos. Tal actividad reglada deriva de la realidad fáctica, lo que le permite adquirir la condición de suelo urbano sin posibilidad de alteración “contra legem” (FJ Tercero). Asimismo, recogen la doctrina de “la fuerza normativa de lo fáctico”, entre otras, SSTs de 2 de Noviembre de 2005 (Rf 2005/10101) y de 21 de Julio de 2008 (Rf 2008/4439); y, SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de Marzo de 2000 (RJCA 2000/725); de Castilla-La Mancha, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/2637), y de 17 de Junio de 2002 (RJCA 2002/792); de Las Palmas, de 16 de Julio de 2004 (RJCA 2004/717), de 15 de Julio de 2995 (RJCA 2005/745), y de 16 de Junio de 2006 (RJCA 2006/721); de Asturias, de 18 de Noviembre de 2006 (JUR 2006/5466); de Cataluña de 9 de Marzo de 2007 (JUR 2007/49944); de Murcia, de 21 de Julio de 2007 (JUR 2007/185326); y, de Sevilla, Andalucía, de 4 de Abril de 2008 (JUR 2008/304240).

⁴⁶ Para un estudio más detenido de la discrecionalidad administrativa en la clasificación del suelo, nos remitimos a DESDENTADO DAROCA, E., en su obra “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico (Construcción teórica y análisis jurisprudencial)”, Editorial Aranzadi, 1999, páginas 415 a 444.

C. Los límites urbanísticos de carácter ambiental

Por último, se hace necesario para completar el esquema inicialmente esbozado, referirnos a los límites urbanísticos de carácter ambiental a la discrecionalidad del planeamiento, y así:

– **Las Normas de Directa Aplicación:** La potestad discrecional de planeamiento está limitada por las normas de adaptación al ambiente. Estas normas son de aplicación directa exista o no plan y, en todo caso, prevalecen sobre las determinaciones de éste⁴⁷. Básicamente vienen recogidas en el artículo 10.2 de la LS 2008 que dispone que “*Las instalaciones, construcciones y edificaciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto, en los lugares de paisaje abierto, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos*

⁴⁷ Por todas se cita la STS de 12 de Abril de 1996 (RJ 1996/3259), ponente Pedro Esteban Álamo, en la que se resume la doctrina jurisprudencial al respecto en los siguientes términos: “*Ante todo, a modo de paréntesis, hemos de recordar la constante doctrina jurisprudencial en relación con el artículo 73 del Texto Refundido de 1976 –Sentencias de 31 diciembre 1988 (RJ 1988\10293), 28 marzo, 24 octubre y 8 noviembre 1990 (RJ 1990\2263, RJ 1990\8329 y RJ 1990\8820), 22 mayo, 2 julio y 2 octubre 1991 (RJ 1991\4287, RJ 1991\5722 y RJ 1991\7789), 14 julio 1992 (RJ 1992\6158), 16 junio 1993 (RJ 1993\4884) y 17 octubre 1995 (RJ 1995\7704)– y con el artículo 98 del Reglamento de Planeamiento, según la cual estos preceptos se aplican en todo caso, existan o no Planes de Ordenación o Normas Subsidiarias o Complementaria de Planeamiento; son normas, ambos preceptos, de inexcusable observancia, tanto en defecto de planeamiento como en el supuesto de existencia de éste y contradicción con el mismo; su aplicación es directa, es decir, no precisa de desarrollo por otra disposición o acto; de tal modo que cualquier disposición o acto administrativo (plan, general o su ejecución, licencia, permiso, etc) que estuviesen en manifiesta contradicción con tales preceptos, aunque aquella disposición o acto se ajustasen al planeamiento vigente y no infringiesen la concreta norma urbana aplicable, serían anulables si estuvieran en contradicción con esos artículos, que protegen la armonía apreciable o que emana, de un grupo de edificaciones de carácter histórico, arqueológico, artístico o meramente típico o tradicional; o también respecto de edificios aislados que reúnan esas características. También protege el artículo 73, las perspectivas, los campos visuales y en concreto la armonía de los paisajes, de los daños, privaciones o interferencias que puedan producir otros edificios por su situación, masa o altura. Ambos preceptos encierran conceptos jurídicos indeterminados, pero de indudable naturaleza reglada, aunque en su apreciación se introduzca con frecuencia un tanto de discrecionalidad o subjetivismo, en razón del halo de dificultad que caracteriza el espacio de incertidumbre que media entre las zonas de certeza positiva y negativa (como ha dicho la Sentencia de 31 diciembre 1988 [RJ 1988\10293]). El precepto, cuyo espíritu parece recogido después por el artículo 45 de nuestra Constitución, fija el ámbito espacial en que puede producirse la desarmonía con tales lugares, paisajes o edificios a proteger: son los lugares inmediatos en que se erijan las construcciones no adaptadas en lo básico al ambiente en que estuviesen situadas. Tal protección se mantiene en el Texto Refundido de 26 de junio de 1992 (RCL 1992\1468 y RCL 1993\485), de la Ley del Suelo de 25 julio 1990 (RCL 1990\1550, 1666 y 2611). Sentado lo anterior sólo queda remachar que la aplicabilidad estricta de tales preceptos exige una prueba clara y contundente de los elementos fácticos que en cada caso puedan integrarse en los supuestos de idéntica naturaleza que esos artículos contienen” (FJ Sexto).*

urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo". Por su parte, el artículo 73.a) del TRLS 76, dispone que *"Las construcciones en lugares inmediatos o que formen parte de un grupo de edificios de carácter artístico, histórico, arqueológico, típico o tradicional habrán de armonizar con el mismo, o cuando, sin existir conjunto de edificios, hubiera alguno de gran importancia o calidad de los caracteres indicados"*.

El contenido ambiental de estas normas es claro y su aplicación es directa, no exenta de dificultades al estar plagadas de conceptos jurídicos indeterminados, si bien, como afirma la STS de 21 de Noviembre de 2000 (RJ 2000/10267), *"...indudable naturaleza reglada, aunque en su apreciación se introduzca con frecuencia un porcentaje de discrecionalidad, en razón del halo de dificultad que caracteriza el espacio de incertidumbre que media entre las zonas de certeza positiva y negativa (sentencias del TS de 31 de diciembre 1988 (RJ 1988/10293), 8 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1996)"* (FJ Séptimo).

– **Los estándares urbanísticos:** Los estándares urbanísticos constituyen determinaciones materiales de ordenación establecidos directamente por la Ley, que han de ser respetadas obligatoriamente por los planes.

Ello supone, por tanto, que la profunda discrecionalidad del planeamiento, vinculada a la realización del interés público, está sometida a los estándares urbanísticos que reducen el campo de acción de aquella. Como afirma la STS de 10 de Marzo de 2004 (RJ 2004/2744), recordando anterior jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, la potestad de planeamiento *"tiene sus propios límites derivados del necesario acatamiento de los estándares urbanísticos previstos en la legislación general y básica sobre ordenación del suelo, y de la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público, a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial, con ausencia de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de la problemática urbanística planteada dentro de una realidad social determinada"* (FJ Cuarto).

No ofrece duda el carácter discrecional del planeamiento, discrecionalidad que comporta un enorme poder en manos de la administración urbanística, si bien esta potestad ha de ejercerse dentro de los límites legalmente establecidos por los estándares urbanísticos.

– **Los límites ambientales a la modificación de los planes:** El artículo 49.2 del TRLS 76 establece una limitación a la potestad discrecional

de planeamiento, tratando de salvaguardar las zonas verdes y espacios libres como determinaciones esenciales del planeamiento. Y así, cuando la modificación del plan tienda a incrementar el volumen edificable de una zona exige, como presupuesto material o de fondo, la previsión de los mayores espacios libres requeridos por el aumento de población, es decir, busca mantener la proporción entre espacios libres y densidad o volumen edificable determinado en el planeamiento que se trata de modificar, proporcionalidad que no puede verse alterada por dicha modificación, previsión cuya finalidad no es otra que “frenar la actividad especulativa y favorecer el desarrollo de la vida humana”⁴⁸. Por su parte, el artículo 50 del TRLS 76 exige un procedimiento especial cuando la modificación del plan tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes y espacios libres.

III. CONTROL JURISDICCIONAL Y POSIBILIDADES DE SUSTITUCIÓN DEL JUEZ EN LA ELECCIÓN DEL MODELO DE CIUDAD

En un primer momento, la doctrina jurisprudencial fue muy restrictiva en orden a determinar los límites del control jurisdiccional sobre el ejercicio de la potestad discrecional del planeamiento urbanístico, al considerar que la potestad de planeamiento participa de la naturaleza innovativa propia del poder legislativo, lo que no solamente justifica su revisión o modificación por razones de actualización de los planes, en función de las conveniencias y necesidades del presente, sino que refuerza grandemente la presunción de legalidad propia de los actos administrativos⁴⁹.

⁴⁸ Entre otras, SSTs de 25 de marzo de 1985 (RJ 1985/1640), de 18 de marzo de 1988 (RJ 1988/2182) y de 5 de abril de 1991 (RJ 1991/3296), y más recientemente STS de 8 de Abril de 2003 (RJ 2003/3688). Asimismo, STSJ de La Rioja de 28 de Febrero de 2000 (RJCA 2000/968).

⁴⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, en op. citada, cita dos sentencias señeras en este sentido: la STS de 24 de Noviembre de 1981 (RJ 1981/5299), que desestima recurso interpuesto contra el Plan General de Ordenación Urbana de Barcelona, en relación con calificación como “parque o jardín urbano de nueva creación de carácter local”, en la que en opinión de este autor, aunque se reconoce que el carácter innovativo de la potestad de planeamiento no impide el control judicial, “pero refuerza la presunción de legalidad que se predica genéricamente de los actos administrativos, presunción de la que el juzgador termina insensiblemente dejándose llevar, más allá de sus naturales límites procesales, hasta realizar *motu proprio* un esfuerzo final de hallazgo de nuevos motivos justificativos de la decisión impugnada” (página 56); por su parte, la STS de 11 de Julio de 1987 (RJ 1987/6877), que desestima recurso interpuesto contra el Plan de Ordenación Urbana de Sant Celoni, en relación con la clasificación de suelo no urbanizable y, en concreto, con la calificación de Montnegre como parque natural, manifiesta ex-

Frente a esta aptitud restrictiva, paulatinamente se va abriendo paso una doctrina más progresista, que arranca de un planteamiento básico que se reiterará continuamente y que sintetiza de forma magistral el carácter del control judicial de la discrecionalidad urbanística. El “*genio expansivo del Estado de Derecho*” ha alumbrado técnicas que permiten que el control jurisdiccional se extienda a los aspectos discrecionales de la potestad discrecional de planeamiento urbanístico⁵⁰.

Pero procede preguntarnos hasta dónde alcanza este control jurisdiccional de los planes. ¿Puede el juez sustituir a la Administración en el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento?⁵¹ Como declara la STS de 15 de Diciembre de 1986 (RJ 1987/1139), ponente Delgado Barrio,

presamente que “*la función revisora de esta Jurisdicción comporta que su cometido se ciña a enjuiciar la legalidad de la actividad administrativa sometida a debate, pero no a valorar actuaciones o decisiones de la Administración, adoptadas en uso de sus facultades, en orden a la salvaguarda del interés público, con criterios técnicos o sociológicos, pues ello supondría sustituir el criterio de la Administración que, en principio, ha de presumirse que se dirige al bien común, por la apreciación subjetiva de los particulares, salvo, claro es, que se demuestre la carencia de tal objetivo público, o que su actuación se apoye en notorio error de hecho, lo que, en el fondo, supone incidir en ilegalidad, al fallar la premisa fáctica de la norma*”(CDO. Tercero de la Sentencia apelada), lo que en opinión del citado autor, supone un “planteamiento que es fiel expresión del control mínimo al que el juzgador decide limitarse” (página 57).

⁵⁰ Con motivo del análisis, realizado con anterioridad, sobre los hechos determinantes como técnica de control de la potestad discrecional de planeamiento, en el pie de página número 20 se relaciona detalladamente la doctrina jurisprudencial en la que se recoge expresamente esta teoría, en unos casos para desestimar el recurso planteado y, en otros, para proceder a su estimación. Dicha doctrina aparece inicialmente en STS de 1 de Diciembre de 1986 (RJ 1987/417), ponente Delgado Barrio, hoy clásica y citada por todos. Nos remitimos al análisis realizado.

⁵¹ No olvidemos que el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que: “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Es conocida la polémica mantenida al respecto entre FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en “*Arbitrariedad y discrecionalidad*”, en AAVV: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, III, Civitas, 1991, y “*Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*”, REDA, núm. 76, 1992, y, de otro lado, PAREJO ALFONSO, L., en “*Crisis y renovación del Derecho Público*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, y “*Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio de alcance e intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*”, Tecnos, 1993. El primero de los autores citados defiende la viabilidad de la sustitución de la decisión administrativa por una decisión judicial, cuando en el caso de potestades aparentemente discrecionales se llegue a la conclusión de que existe una única solución válida, no así cuando existieran varias soluciones válidas posibles entre las que la Administración pudiera todavía elegir. Por el contrario, el segundo de los autores

“control jurisdiccional sobre la actividad discrecional de la Administración conduce desde luego a la anulación de las calificaciones urbanísticas que resulten incoherentes con las líneas generales del planeamiento o discordantes con la realidad de los hechos. También permite, en ocasiones, establecer directamente la nueva calificación de la zona, pero para ello es preciso que inequívocamente aquellos criterios conduzcan a una única solución coherente. Cuando son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional puede decidir al respecto” (FJ Cuarto)⁵².

Esta misma doctrina es recogida por la STS de 28 de Marzo de 1990 (RJ 1990/2265), ponente de Oro Pulido y López, que insiste en la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual,

“...cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica, la jurisdicción contenciosa debe sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes con el fin de evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna” (FJ Cuarto).

Es decir, la solución técnica en que se concrete la discrecionalidad debe venir respaldada y justificada con los datos objetivos sobre los cuales se opera, de manera que cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, la jurisdicción contenciosa tiene capacidad para sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinados⁵³.

citados, –tesis defendida también por SÁNCHEZ MORÓN, M., en *“El control de las Administraciones Públicas y sus problemas”*, Espasa Calpe, 1991– considera que no es claro el fundamento para la sustitución de la decisión administrativa por el juez y que en materia de urbanismo se ha producido un exceso “en la medida en que se admite la sustitución de la decisión administrativa por la judicial sobre las bases imprecisas e insuficientes cuya concreción y explotación quedan, además, esencialmente en la discreción del juez” (pág. 103 de *“Administrar y juzgar...”*).

⁵² Esta sentencia, muy citada por la doctrina, hace referencia a recurso interpuesto contra la aprobación definitiva de la Revisión del Plan General de Ordenación de Tarrasa (Barcelona), declarando la improcedencia de los usos asignados por el plan impugnado de dotaciones escolares en las proximidades de industria molesta, nociva y peligrosa, al considerar que *“no resulta racional el establecimiento de una guardería infantil en la misma manzana en la que figura una industria como la descrita”*(FJ Tercero), habiendo sido calificada la citada industria por el perito forense como molesta, por el intenso ruido, nociva por la emanación de polvo y peligrosa por la combustibilidad de las materias primas y productos intermedios o acabados. En el mismo sentido, SSTS de 18 de Julio de 1989 (RJ 1989/6578), y de 20 de Mayo de 1992 (RJ 1992/4286).

⁵³ Entre otras, podemos recordar la STS de 27 de Abril de 1983 (RJ 1983/2279), dictada en recurso interpuesto contra el Plan General Metropolitano de Ordenación Urbana de Barcelona,

Ahora bien, como se afirma la STS de 15 de Marzo de 1993 (RJ 1993/2523), ponente Delgado Barrio,

“Ya en el terreno de la sustitución de la calificación anulada por la pretendida por la parte en su día demandante –“zona residencial en manzana cerrada”, clave I– será de recordar que el criterio jurisprudencial en materia de calificaciones urbanísticas –S. 2–4–1991 (RJ 1991/3278)– es el de que aun procediendo su anulación en sede jurisdiccional no siempre resulta viable que los Tribunales formulen una nueva calificación:

por la que revocando la sentencia apelada, se anula la calificación urbanística otorgada a la finca, declarando que a la misma le corresponde la de “zona verde privado protegido” *“de acuerdo con la exigencia impuesta por el moderno urbanismo, del cual es ejemplo dicho Plan, de conservar los edificios y entornos urbanísticos que por su antigüedad o valor histórico o estético constituyen singularidades que dotan a las ciudades o poblaciones donde se encuentran de personalidad propia, digna del máximo respeto por el interés socio-cultural que extraña su conservación al margen de todo propósito especulativo”*(FJ Quinto); la STS de 17 de Julio de 1989 (RJ 1989/5821), dictada en relación con recurso interpuesto contra Plan General de Ordenación Urbana de Palafrugell, por la que estimándose el recurso interpuesto por la parte privada, se revoca la sentencia de instancia, anulando la determinación del expresado Plan General por la que se mantiene la zona reservada para aparcamiento cuya supresión se ordena, recordándose que como ya *“la Sentencia de esta Sala de 4 de abril de 1988 (RJ 1988/2607), precisó que no se puede compartir la doctrina de que la revisión jurisdiccional de una calificación urbanística contenida en un Plan deba limitarse a examinar su legalidad, por no estar permitido a la Jurisdicción modificar la solución elegida por la Administración dentro de su discrecionalidad, si no se constata debidamente que ha habido desviación de poder, porque, como ya había dicho este Tribunal en supuesto análogo, en la de 27 de abril de 1983 (RJ 1983/2279), en las anteriores de 2 de junio y 11 de noviembre de 1982 (RJ 1982/4183 y RJ 1982\7258), en las posteriores de 4 de mayo de 1983 (RJ 1983/2887), 1 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7198) y 22 de febrero de 1988 (RJ 1988/1378), aquella postura no es aceptable porque no recoge los criterios doctrinales y jurisprudenciales más modernos que, profundizando en el control judicial de la discrecionalidad administrativa, consideró insuficiente la institución de la desviación de poder por su fundamento excesivamente subjetivo, porque la solución técnica en que se concrete aquella ha de venir respaldada y justificada con los datos objetivos sobre los cuales se opera, de tal modo que, cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a la que se aplica, la Jurisdicción contenciosa debe sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes, con el fin de evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisión desprovista de justificación fáctica, cuya doctrina es plenamente aplicable a la materia urbanística y a las determinaciones y calificaciones que se adopten en el ejercicio de ese «ius variandi», que la citada apelante invoca, como necesario criterio corrector, aun cuando se descarte cualquier idea de desviación de poder...”* (FJ Segundo); la STS de 28 de Marzo de 1990 (RJ 1990/2265), dictada en relación con recurso interpuesto contra el Plan General de Ordenación Urbana de Albacete, por la que aceptando los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, declara nula le resolución impugnada, debiendo proceder la Administración demandada a la recalificación del suelo discutido en la forma que en su día interesó la parte actora, apreciándose la necesidad de reducción de los equipamientos comunitarios contemplados, y justificándose la sustitución operada en la consideración de que *“En el presente caso la sustitución operada por la sentencia de instancia viene impuesta por la realidad de los hechos recogidos en la propia Memoria del Plan General impugnado, en la que se reconoce, de una parte, que en*

A) Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional de planeamiento podrá decidir al respecto.

B) Por el contrario, los Tribunales habrán de señalar la nueva calificación si las líneas del planeamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia —así, SS. 22 septiembre y 15 diciembre 1986—. Así lo reclama el principio de efectividad de la tutela judicial —art. 24,1 de la Constitución— que quedaría claramente burlado si los Tribunales, contando con datos suficientes, no resolvieran todo lo necesario en relación con las cuestiones planteadas en el proceso” (FJ Séptimo)⁵⁴.

Vemos, por tanto, que las decisiones urbanísticas adoptadas discrecionalmente son sustituibles por los Tribunales, pero el verdadero núcleo de la discrecionalidad administrativa no es susceptible de sustitución judicial⁵⁵.

la zona Centro de la Ciudad —donde está ubicado el centro docente— existe superávit de puestos escolares, siendo las existentes superiores a las previsiones de futuro y, de otra, que el referido Plan adolece de módulos para el cálculo de las dotaciones escolares y así de la total superficie —38.348 m²— destinada a uso docente, a distribuir entre los trece centros existentes en el Sector de referencia, se impone a la Congregación recurrente una vinculación muy superior a la atribuida al resto de los centros” (FJ Tercero); y, STS de 16 de Marzo de 1993 (RJ 1993/1801), que si bien centrada en un supuesto de expropiación forzosa, recoge la doctrina indicada en el sentido de que “No debemos olvidar que la jurisprudencia ha declarado que la revisión jurisdiccional de la calificación urbanística contenida en un Plan de Ordenación alcanza la denominada «oportunidad técnica», esto es, permite que el control jurisdiccional se extienda a la solución técnica elegida por la Administración para la calificación de una finca dentro del Plan, de modo que esa solución técnica, en que se concreta la discrecionalidad administrativa, debe venir justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera, lo que comporta que, cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica, los Tribunales deben sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes (SS 27-4-1983 (RJ 1983/2279) y 4-4-1988 (RJ 1988/2607))” (FJ Cuarto). A este respecto, más recientemente, pueden consultarse las SSTSJ de las Islas Canarias, de 3 de Abril de 2008 (JUR 2008/252109), de la Comunidad Valenciana, de 28 de Julio de 2009 (JUR 2009/4787), y, de Asturias, de 14 de Septiembre de 2009 (JUR 2009/479158).

⁵⁴ Como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, en op. citada “Arbitrariedad y discrecionalidad”, Cuadernos Civitas, 1991, “... es enteramente lícito y, además y sobre todo, constitucionalmente obligado por exigencias inherentes a la efectividad de la tutela judicial que la Norma Fundamental garantiza, incluir en el fallo estimatorio el reconocimiento de los derechos del recurrente indebidamente hollados por el acto anulado y adoptar “cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento” de su situación jurídica anterior” (página 123).

⁵⁵ En este sentido concluye TOLOSA TRIBIÑO, César, sintetizando la doctrina recaída sobre la materia, en su obra “El uso del suelo. Planeamiento urbanístico e intervención administrativa”, Publicaciones Jurídicas DAPP, 2005. Cabe recordar, igualmente, a DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*”, editorial Aranzadi 1999, que en esta línea argumental, afirma que “como reconocen los propios tribunales, aunque la potestad de planeamiento tenga aspectos indudablemente reglados y aunque esté, en ocasiones, fuertemente condicionada por criterios y principios técnicos, existe

BIBLIOGRAFÍA

- DELGADO BARRIO, Javier. “El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico”, Editorial Cívitas, S.A., 1993.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. “Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico”, Editorial Aranzadi, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. “Arbitrariedad y discrecionalidad”, Cuadernos Cívitas, 1991.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. “Manual de Derecho Urbanístico”, La Ley–El Consultor, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. “Leciones de Derecho Urbanístico”, Ed. Cívitas 1979.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades de poder”, Cuadernos Cívitas 1989.
- JUNTA DE ANDALUCÍA. “Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía”. Coordinación: Eduardo Hinojosa Martínez y Nicolás González Deleito Domínguez. Editorial Cívitas S.A. 1996.
- LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, Jesús, “La nueva línea jurisprudencial sobre la discrecionalidad de la potestad de planeamiento”. RDU núm. 241, Abril–Mayo 2008.
- PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso. “La limitación constitucional de la remisión legislativa al planeamiento”, RDU, núm. 146, 1996.
- RIVERO YSERN, José Luis. “Reflexiones sobre la discrecionalidad administrativa en el Urbanismo. Breve reseña jurisprudencial”, en “Discrecionalidad Administra-

un núcleo último de oportunidad, de discrecionalidad fuerte, que corresponde exclusivamente a la Administración y que supone la existencia de un ámbito de decisión reservado a la Administración y sujeto a criterios jurídicamente irrelevantes y, por tanto, no susceptible de control ni sustitución por los órganos judiciales” (pág. 349). La STS de 9 de Julio de 1991 (RJ 1991/5737), ponente Delgado Barrio, nos recuerda que “... es de destacar el carácter ampliamente discrecional del planeamiento –independientemente de que existan aspectos rigurosamente reglados–. Es cierto que el “genio expansivo del Estado de Derecho” ha ido alumbrando técnicas que permiten un control jurisdiccional de los contenidos discrecionales del planeamiento, pero aun así resulta claro que hay un núcleo último de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. Así las cosas, existen alegaciones de rigurosa y pura oportunidad que hechas ante la Administración en un trámite de información pública pueden dar lugar a que aquella modifique su criterio, en tanto que alegadas en la vía jurisdiccional pueden resultar inoperantes” (FJ Tercero). En el mismo sentido, preceden a la sentencia citada, entre otras muchas, las SSTs de 22 de Diciembre de 1986 (RJ 1987/1558), de 18 de Septiembre de 1987 (RJ 1987/7727), y de 30 de Enero de 1990 (RJ 1990/364).

tiva y Control Judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía”, editado por la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y por la Editorial Cívitas, S.A. 2006.

ROMERO REY, Carlos. “*Los límites a la potestad de planeamiento urbanístico*”, RDU núm. 210, Junio 2004.

SEGOVIA ARROYO, José Antonio. “*Alcance de concretas determinaciones de la potestad urbanística en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia*”, RDU núm. 201, Abril–Mayo 2003.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. “*El control del planeamiento urbanístico*”, Editorial Cívitas, S.A, 1999.