

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

ALTERACION DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO: DERECHOS ADQUIRIDOS Y CONTROL JUDICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INEXISTENCIA DE DERECHO ADQUIRIDO AL MANTENIMIENTO DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA VIGENTE: a) *Plan Parcial*. b) *Estudios de Detalle*. c) *Reparcelación o compensación*. d) *Proyecto de Urbanización*. e) *Proyecto de Parcelación*. f) *Ejecución de las obras de urbanización*. g) *Solicitud de licencia de edificación*. h) *Licencia de edificación*. i) *Edificación*. j) *Consumación del Plan*.—III. LAS EXCEPCIONES: DERECHO ADQUIRIDO A LA ORDENACIÓN VIGENTE: a) *La S. de 6 julio 1973*. b) *La S. de 30 junio 1980*. c) *La S. de 2 junio 1982*. d) *La S. de 3 junio 1982*.—IV. DERECHO A LA CLASIFICACIÓN DE SUELO URBANO.—V. ENJUICIAMIENTO JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LA PLANIFICACIÓN URBANA: 1. *Preliminar*. 2. *La doctrina del Tribunal Administrativo Federal de Alemania Occidental*. 3. *La jurisprudencia del Consejo de Estado francés*. 4. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*: 4.1. Indudable potestad de control judicial. 4.2. Tendencia general a un control limitado: a) Carga de la prueba. b) Rigor en la apreciación de la prueba. c) Reducción de las pautas de control. 4.3. La apertura a un control máximo: a) Carga de la prueba. b) Extensión de las pautas de control: a') Contradicción con los fines de la potestad de ordenación urbana. b') Vulneración de los principios generales del Derecho. c') Defectuosa apreciación o valoración de los hechos determinantes. d') El interés público. 4.4. Las sentencias estimatorias: a) SS. de 28 octubre 1981; 31 mayo, 15 noviembre y 26 diciembre 1983; 6 y 22 febrero 1984, y 3 junio 1985. b) S. de 3 junio 1982. c) SS. de 28 octubre 1982 y 24 febrero 1984. d) S. de 27 abril 1983. e) S. de 31 junio 1984. 4.5. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La potestad de la Administración urbanística para reformar los instrumentos de la ordenación urbana encuentra un sólido fundamento dogmático en su carácter de manifestación del poder reglamentario. «La innovación —dice la S. de 24 noviembre 1981— constituye un poder inherente a la naturaleza de la función reglamentaria y planificadora, como reflejo, en tono menor, del poder legiferante.» Esta caracterización se apoya, por lo demás, en elementales exigencias del buen sentido: sería un inútil atentado contra la realidad negar a la Administración la posibilidad de enmendar errores de planificación; atender a los nuevos requerimientos derivados de distintas concepciones políticas, ideológicas, culturales, socioeconómicas o impuestas por nuevas apetencias, potencialidades o necesidades. Siempre hay que dejar a salvo «la potestad innovatoria propia del poder ordinamental, con el fin de hacer frente a las necesidades y conveniencias del futuro y para corregir imperfecciones del pasado» (S. de 30 junio 1980).

La Ley del Suelo confiere a los Planes vigencia indefinida (art. 45), pero, de inmediato, reconoce y regula la revisión y modificación de todos los instrumentos de planeamiento urbanístico (arts. 46 y ss.). La preocupación de este trabajo es ofrecer un panorama de la doctrina jurisprudencial sobre el alcance y limitaciones de la potestad administrativa de reforma del planeamiento urbano. Deja, no obstante, de lado el examen de los aspectos formales (competencia y procedimiento) y no hace especial hincapié en limitaciones de carácter sustantivo que constriñen el ejercicio de tal potestad. En el régimen de la LS, el papel protagonista del planificador viene sólo condicionado por su necesaria sujeción a un esquema básico establecido por la propia Ley. Y, en este aspecto, puede distinguirse entre:

a) Los llamados *estandartes urbanísticos*, constituidos por unos criterios mínimos fijados por la LS y sus disposiciones complementarias —en especial, por el Reglamento de Planeamiento—, que no son directamente aplicables, pero que reducen el ámbito de discrecionalidad reconocido a la potestad de planeamiento urbanístico. Son pautas que, en todo caso, han de ser respetadas por los Planes de Ordenación Urbana.

b) Otras determinaciones legales sustantivas de ordenación, impuestas bien en la LS (así, sobre edificaciones en lugares próximos a las carreteras y exigencia de adaptación de la edificación al ambiente en que se sitúa), bien en otras normas de carácter sectorial (Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas; servidumbres de aeropuertos, ferrocarriles, carreteras y autopistas, embalses, cementerios, etc.).

c) Por su lado, el artículo 49.2 y 3 LS confiere, frente a la modificación del planeamiento, el derecho al mantenimiento de la corrección entre espacios libres y densidad de población.

d) En fin —y a esta cuestión volveremos luego con mayor detenimiento—, se ha defendido la imperatividad de la clasificación como suelo urbano de aquellos terrenos que cuenten con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, o que estén comprendidos en áreas consolidadas por la edificación al menos en dos terceras partes de su superficie.

Delimitado así el objeto de estudio, cabe ya entrar en el examen de la postura adoptada por el TS sobre la posible existencia de derechos adquiridos derivados del planeamiento vigente que impida su modificación o revisión.

II. INEXISTENCIA DE DERECHO ADQUIRIDO AL MANTENIMIENTO DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA VIGENTE

Salvo en muy contadas ocasiones, el Tribunal Supremo ha proclamado la inexistencia de derecho adquirido alguno que impida o dificulte la reforma del planeamiento. Es posible la revisión anticipada, pese a

no haber transcurrido el plazo previsto y pese a no concurrir las circunstancias establecidas como presupuesto de la revisión —art. 12.1.e) de la Ley del Suelo—. La jurisprudencia reciente ofrece una excepción ciertamente singular en contra de esa regla; en S. de 12 febrero 1985 se acepta la siguiente argumentación de la apelada:

«Como esa facultad revisora, como excepción al principio de vigencia indefinida de los Planes, proclamado en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y expresión de la garantía de continuidad y situación de certidumbre de que debe gozar el administrado en la ejecución de aquéllos, sólo puede realizarse cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 47 de la Ley antes citada y 156 del Reglamento de Planeamiento; concretamente, cuando se cumpla el plazo establecido por el propio Plan para su revisión, se den las circunstancias de revisión señaladas por el Plan o resulte éste afectado por las determinaciones establecidas en un Plan Director Territorial de Coordinación, o cuando otras circunstancias así lo exigieran, en cuyo caso deberán cumplirse los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 157 del antes mencionado Reglamento, mediando acuerdo del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, ninguno de cuyos supuestos concurren en el caso de autos, hay que concluir que los actos combatidos, al acordar la revisión del Plan General de Ordenación de Castrillón en la zona de Viña del Mar, al no darse ninguno de los motivos legalmente previstos para ello, no son ajustados a Derecho.»

Pero, en el resto de las sentencias, el Tribunal Supremo acepta la revisión anticipada (por lo demás, especialmente prevista en el artículo 87.2 de la Ley del Suelo), si bien reserva al Tribunal contencioso-administrativo la potestad de controlar esa decisión. Una S. de 28 abril 1979 dijo que «no se acreditan las circunstancias que exigirían la revisión del Plan General con vigencia menor de quince años; aparece indudable la improcedencia de ser sustituido el vigente en forma caprichosa o no fundamentada».

Cualquiera que sea el estado de ejecución del planeamiento, puede ser alterado. Como dice la S. de 24 febrero 1984, «no puede hablarse de derechos adquiridos frente a un planeamiento nuevo como es el impugnado, porque el mismo obedece a unas directrices, como se dijo antes, distintas, encarnando un modelo de territorio diferente al anterior, en cuanto a ordenación urbana, procurando atender a las preocupaciones sociales y económicas del ente urbanístico que abarca la Entidad Municipal Metropolitana, pretendiendo alcanzar unas cotas o estándares de mejores equipamientos, espacios libres y zonas verdes, y evitar en lo posible la gestión urbana, frente a cuyos objetivos no se puede hablar de derechos adquiridos, porque éstos han de ceder ante los fines

públicos». El principio ha sido aplicado en todas las situaciones que el proceso de ejecución puede originar. En efecto:

a) *Plan Parcial*

El que el Plan General (o las Normas subsidiarias) haya sido desarrollado por Planes Parciales no impide, en absoluto, la posterior revisión o modificación de aquél. En este sentido, por ejemplo, las SS. de 6 junio 1975 y 10 abril 1978. Y ello aunque haya ya comenzado la ejecución del Plan Parcial (SS. de 8 octubre 1973, 15 abril y 29 septiembre 1979 y 9 y 21 diciembre 1981).

Con fundamento en una interpretación estrictamente literal de la disposición transitoria tercera de la Ley del Suelo, texto refundido de 1976, se ha mantenido la imposibilidad de alterar las previsiones de los Planes Parciales que estuviesen en ejecución a la entrada en vigor (el día 25 de mayo de 1975) de la Ley 5/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley del Suelo (1). La jurisprudencia ha rechazado esta postura. V. gr., la S. de 21 diciembre 1981 afirma que sobre el

«tema de cuál es el alcance de la facultad administrativa de variación de los Planes de ordenación urbana en relación con los Planes parciales que se encuentran en fase de ejecución, se reitera la constante doctrina jurisprudencial, representada, entre otras, por las sentencias de 1 diciembre 1972, 19 febrero 1973, 28 junio 1977, 8 y 22 mayo y 17 octubre 1979, según la cual el principio de vigencia indefinida que proclama el artículo 45 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 9 abril 1976 no puede interpretarse en el sentido inmovilista de perpetuar el planeamiento urbanístico, sino como garantía de su estabilidad y permanencia que no impide a la Administración ejercitar las potestades que le conceden los artículos siguientes: 45 a 51 del mismo Texto, cuando nuevos criterios de ordenación o nuevas necesidades urbanísticas constatadas en forma hagan oportuna y adecuada la actualización de aquellos planes mediante la correspondiente revisión o modificación, sin que a ello pueda válidamente oponerse lo dispuesto en la Disposición transitoria 3.^a del texto citado, por ser ésta una norma de Derecho intertemporal que presupone la vigencia del Plan parcial o de aquellas determinaciones de cuya ejecución se trate; es decir, que no hayan quedado sin efecto a consecuencia de revisión o modificación acordada en Plan posterior aprobado en la forma legalmente establecida».

(1) T. R. FERNÁNDEZ, «El contenido del derecho de propiedad ante la modificación y revisión del planeamiento», en *Los derechos de los propietarios del suelo y los nuevos planes de urbanismo*, 1981, págs. 61-62.

La misma solución, en SS. de 20 y 28 septiembre, 16 octubre y 3 diciembre 1982; 14 enero, 4 febrero, 29 abril, 14 junio y 20 septiembre 1983; 13 junio 1984, y 31 enero 1985. El Tribunal Supremo aplica la regla general a los Planes Especiales: su aprobación definitiva no impide la revisión o modificación de aquel de que sean desarrollo (S. de 27 febrero 1985).

b) *Estudios de Detalle*

Tampoco cercena, obviamente, la potestad de alteración de los Planes de rango superior el hecho de que hayan sido aprobados definitivamente Estudios de Detalle. En relación con una Ordenación de manzanas —figura que guarda gran analogía con los Estudios de Detalle—, la S. de 26 enero 1979 sostiene:

«Que como ya ha tenido ocasión de decir esta Sala en SS. de 21 febrero, 9 mayo y 12 julio 1972 y 19 febrero 1973, en asuntos similares al presente, el planeamiento urbanístico es siempre susceptible de mejora o de adaptación a las nuevas necesidades que la expansión demográfica plantea, de ahí que, aun cuando su vigencia sea, en principio, lógicamente indefinida (art. 36 de la Ley del Suelo de 1956), se prevea su revisión periódica (arts. 37 y 38) con posibilidad de introducir modificaciones en cualquiera de los elementos de los Planes, proyectos, programas y Ordenanzas, si bien, como garantía del bien hacer y de los intereses públicos y privados, las variaciones se sujetan a los mismos trámites y procedimiento previstos para su formación (art. 39). Este *ius variandi* es, por tanto, inmanente al planeamiento urbanístico, sin que, como pretende el actor, de las situaciones afectadas por ordenamientos derogados deban ser necesariamente mantenidos, ya que ello implicaría, en la práctica, la negación del derecho de la Administración a planificar y modelar las ciudades tal como, en cada momento, exija el interés público.»

c) *Reparcelación o compensación*

A pesar de estar definitivamente aprobado el Proyecto de reparcelación o de compensación, y aun ejecutado mediante el otorgamiento de las oportunas escrituras públicas inscritas en el Registro de la Propiedad, es viable la modificación del Plan de ordenación urbana. En esta línea se pronuncia la S. de 29 septiembre 1980 y, también, otra de 19 septiembre 1981, que insiste en que la posibilidad de suspender el otorgamiento de licencias para estudiar la modificación del planeamiento vigente no se encuentra limitada por la existencia de un Proyecto de reparcelación aprobado de modo definitivo.

d) *Proyecto de Urbanización*

La existencia de un Proyecto de Urbanización no impide la modificación del Plan que aquél desarrolla: no es necesario, pues, acudir a un proceso de lesividad para obtener, con carácter previo a la modificación del planeamiento, la invalidación del Proyecto de Urbanización; ésta es la doctrina proclamada por la S. de 18 marzo 1978.

e) *Proyecto de Parcelación*

No es obstáculo para la variación del planeamiento la previa aprobación de una parcelación. La S. de 8 mayo 1979 afirmó que el

«*ius variandi* afecta también a las parcelaciones aprobadas, no cabe ponerlo en duda, a la vista de la amplitud de la fórmula recogida en el artículo precitado; y se infiere del propio espíritu legal, ya que en otro caso y como quiera que la unidad parcelable puede serlo toda la superficie afectada por un Plan Parcial, si se admite que aprobada una parcelación la Administración no podrá estructurarse, se llegaría al absurdo de que tampoco podría modificar sus propios Planes Parciales, lo que en hipotética multiplicación nos llevaría a la inevitable perennidad de los Planes Generales, solución que por ilógica y contraria al Ordenamiento vigente debe rechazarse».

f) *Ejecución de las obras de urbanización*

Pese a que ya se había realizado la cesión gratuita de terrenos, se había obtenido la licencia de urbanización y se había adjudicado la ejecución de las obras correspondientes, la S. de 21 diciembre 1981 estima imposible, en puro Derecho, negar a la Administración la potestad de modificación del planeamiento, pues ello

«sería tanto como desconocer el *ius variandi* que en el marco de la ordenación urbanística le está jurisprudencialmente reconocido a la Administración, entre otras sentencias, en las de 8 mayo 1976 y 19 mayo 1978».

La adquisición de la condición de solar, merced a la ejecución del Plan vigente, no es óbice al ejercicio de la potestad de alteración del procedimiento; tal aserto está recogido en S. de 19 octubre 1981:

«Tampoco puede a lo anteriormente razonado oponerse la alegación hecha por la parte apelante, por otro lado no acreditada en modo alguno, de que el terreno sobre el que

pretendía construir antes de entrar en vigor la Ley de 2 mayo 1975 tenía la condición de solar —lo que se contradice por el Ayuntamiento, quien sienta en los Acuerdos Municipales en su día recurridos que era suelo de reserva urbana—, por lo que era edificable y la Ley reformada no le puede privar de ese derecho adquirido, pues, aunque lo que la apelante afirma fuera cierto, pretender sacar de esa anterior calificación urbanística tal consecuencia no sólo supondría la ineficacia en el orden práctico de la nueva Ley, que estaría obligada a respetar todas las situaciones preexistentes, desconociendo la potestad innovadora que necesariamente hay que reconocer al legislador, y a través de la cual no sólo hace frente a las necesidades y conveniencias del futuro, sino que le permite corregir las imperfecciones del pasado, sino, además, porque está en franca contradicción con lo que declara el artículo 70.1 de la propia Ley.»

g) *Solicitud de licencia de edificación*

La presentación de una solicitud de licencia de edificación no impide, en modo alguno, que la Administración competente promueva el procedimiento para variar las determinaciones de la ordenación urbanística vigente. Pues cabe que los órganos competentes para la aprobación inicial y provisional de la modificación o revisión acuerden la suspensión del otorgamiento de las licencias (art. 8.1 del Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre). Y, por otro lado, el acuerdo de aprobación inicial de la alteración del planeamiento determinará por sí solo la suspensión de otorgamiento de licencias en aquellas áreas del territorio cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente (art. 8.2 del mismo Decreto-ley).

Los peticionarios de las licencias tendrán derecho, en el caso de que la modificación del planeamiento impida el otorgamiento de la misma, sólo a la indemnización del coste oficial de los proyectos y a la devolución, en su caso, de las tasas municipales (art. 27.4 de la Ley del Suelo).

h) *Licencia de edificación*

Incluso aunque haya sido otorgada la licencia de edificación, es factible en Derecho el ejercicio de la potestad de alteración del planeamiento urbanístico. La licencia mantendrá su vigencia y el edificio resultante quedará con la condición de fuera de ordenación (arts. 60 y 62.1 de la Ley del Suelo) si las nuevas determinaciones son diferentes. La licencia, en tal caso, y antes de la finalización del edificio, puede ser objeto de revocación-expropiación. La indemnización comprenderá todos los daños y todos los perjuicios, con tal que se prueben (por ejemplo, S. de 29 mayo 1984).

i) *Edificación*

La construcción del edificio autorizado por la licencia no extingue el poder de alteración del planeamiento. Así, la S. de 9 diciembre 1981.

Y, de modo expresivo, otra de 27 marzo 1979 afirmó que

«por lamentable que sea, resultan inoperantes las razones dadas sobre conservación de edificaciones levantadas al margen de la antigua ordenación, mientras que, por el contrario, las ajustadas a la legalidad anterior quedan fuera de la que ahora se establece, por tratarse en estos casos de legalidades o ilegalidades establecidas en función de un *status* que, lo mismo que existe poder para configurarlo, existe también para su modificación, al participar en la planificación de cualidades inherentes al poder normativo, como es la facultad innovativa, convirtiéndose, como apunta la doctrina más autorizada, en instrumento normativo al que hay que referir el contenido de las facultades dominicales de todos los propietarios incluidos en el espacio planeado, que es lo que viene a establecerse en los artículos 45 y 61 de la Ley del Suelo (de 1956)».

j) *Consumación del Plan*

La plena ejecución del planeamiento mediante la realización de la urbanización y de las edificaciones previstas tampoco desapodera a la Administración de su potestad de reforma. «La revisibilidad y la modificabilidad de los Planes —SS. de 8 mayo 1976, 18 marzo 1978, etc.— incide sobre Planes en ejecución o incluso agotados»; así, la S. de 6 julio 1982, cuya doctrina repiten otras de 20 septiembre y 19 octubre 1982, 14 junio y 20 septiembre 1983 y 10 abril 1985.

El examen de las múltiples sentencias recaídas en los últimos años muestra con precisión la postura del Tribunal Supremo. Aunque con la trascendente matización de que en algunos supuestos concretos la variación del planeamiento da lugar a la compensación de daños y a la reparación de los perjuicios (2), queda perfectamente claro que, para la

(2) El estado de la jurisprudencia sobre el derecho de los propietarios afectados por la reforma del planeamiento a la indemnización de daños y perjuicios presenta oscilaciones e incluso claras contradicciones. Puede resumirse así: 1) El derecho al aprovechamiento urbanístico se consolida como derecho adquirido con la aprobación o con la inscripción en el Registro de la Propiedad de la reparcelación o compensación; cualquier minoración de tal aprovechamiento dará lugar a compensación (SS. de 29 septiembre 1980 y 8 julio 1982). 2) El artículo 87.2 LS, sobre indemnización por alteración anticipada de Planes Parciales y Especiales o Programas de Actuación Urbanística, se aplica en caso de reforma de Planes aprobados con anterioridad a la reforma de la LS (SS. de 25 mayo, 8 julio, 6 octubre y 21 diciembre 1981). 3) La pretensión indemnizatoria puede resolverse en el recurso interpuesto contra la aprobación de la reforma causante de la lesión (por ejemplo, las

doctrina legal más generalizada (y, sin duda, más congruente con la realidad, el carácter institucional de la potestad y la norma positiva), nada hay que cercene o desapodere a la Administración de la posibilidad de alterar, en cualquier circunstancia y en cualquier momento, las determinaciones de la ordenación urbanística. La Administración deberá, obviamente, encauzar el ejercicio de esa potestad a través del procedimiento legalmente establecido; deberá respetar las normas materiales de planeamiento y deberá, además, adoptar unas nuevas determinaciones más congruentes con el interés público. Pero siempre que respete estos condicionamientos de ejercicio de la potestad, podrá válidamente revisar o modificar los Planes de ordenación y los demás instrumentos de la planificación urbanística.

III. LAS EXCEPCIONES: DERECHO ADQUIRIDO A LA ORDENACIÓN VIGENTE

En muy escasas ocasiones, la Sala Cuarta del TS se ha decidido por excepcionar la regla general, por anular la alteración de las previsiones planificadoras de la Administración urbanística y, al propio tiempo, por declarar el derecho del recurrente a la continuada vigencia del planeamiento anterior.

SS. de 29 septiembre 1980, 8 julio 1982 y 25 abril 1983); pero en otros fallos (así, SS. de 29 abril, 14 junio y 14 diciembre 1983; 3 y 31 enero, 5 marzo, 10, 22 y 26 abril y 21 mayo 1985) el TS opta por remitir la cuestión a la fase ejecutiva del nuevo planeamiento. 4) En fin, frente a decisiones que declaran el derecho por la simple concurrencia de la reforma anticipada del Plan y de la lesión (S. de 1 febrero 1980), otras añaden nuevos requisitos no fácilmente conjugables con el texto del artículo 87.3 LS (SS. de 10 y 22 abril 1983): «el tope (en lo que se refiere al coste económico de la operación) que puede encontrarse a las potestades revisoras de los Planes en relación con las situaciones jurídicas amparadas en Planes anteriores es la norma contenida en el artículo 87.2 y 3 de la Ley en relación con el artículo 159 del Reglamento de Planificación, y tal como ha declarado la doctrina de la Sala —sentencias de 1 febrero 1982, 6 julio 1982, 20 septiembre 1982, 28 marzo y 29 abril 1983, Revisión de 14 diciembre 1984, etc.— al enunciar los requisitos mínimos de una posible reclamación amparada en tal excepcional supuesto; a saber, que se trate de modificación de Plan adaptado, que afecte a una parte de propietarios que cumplieron los requisitos o cargas de la anterior ordenación sin haber obtenido beneficios y resultar discriminados en relación con el resto de los titulares del sector; o en los supuestos de alteración del aprovechamiento medio de uno o varios sectores como consecuencia de una revisión del Plan General, al imponerse en tales casos (art. 159.4 del Reglamento del Plan) la necesidad de fijar el nuevo: a la vez que prescribe, párrafo 2.º, que los sectores que tuvieran aprobado un Plan Parcial conservarán el aprovechamiento medio que resultare de la aplicación de las determinaciones que sobre este extremo contuviere el Plan General objeto de modificación».

Para una profundización en este complejo problema pueden verse, principalmente, los trabajos de L. PAREJO ALONSO, *Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración*, 1982; F. PERALES MADUEÑO, *El derecho de propiedad y los derechos adquiridos ante la alteración de los Planes Parciales y Especiales*, «RDU», núm. 91, 1985, págs. 13-44, y C. J. SANZ-PASTOR Y PALOMEQUE, *Derechos de los propietarios ante la sucesión del planeamiento*, «REDA», núms. 40-41, 1984, págs. 145-171.

a) *La S. de 6 julio 1973*

Los antecedentes de esta sentencia pueden resumirse así:

— En 1965, un particular promovió un Plan Parcial que calificó unos terrenos como suelo industrial; el Plan fue aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento y, por silencio administrativo primero y luego expresamente, por la Comisión de Urbanismo.

— Poco después, la Comisión redactó un Plan General. En el período de información pública se solicitó la modificación del proyecto a fin de que respetase el Plan Parcial. La aprobación definitiva del Plan General mantuvo la clasificación de suelo rústico para los terrenos antes destinados a zona industrial.

La sentencia estima el recurso y condena a la Administración a modificar el Plan General, con objeto de integrar en él las determinaciones del precedente Plan Parcial:

«Acreditado que las parcelas propiedad del recurrente fueron antes las de don Lorenzo C. y estaban comprendidas en la zona señalada en los Planos de la Comisión del Area como dedicadas a "industria" y que, presentado el proyecto parcial de urbanización industrial, éste fue continuado por el actor, anunciado, aprobado provisionalmente y remitido a la Comisión de Urbanismo por el Ayuntamiento y que la Comisión del Area en sesión de 2 marzo 1965 acordó con carácter definitivo —según en la notificación se expresa— autorizarlo, con la sola condición de no tratarse de industrias molestas para el vecindario, se advierte una coincidencia de las fincas, al figurar en el mapa como zona industrial, de modo que la Administración no puede, en perjuicio de tercero, volver sobre sus propios actos declaratorios de derechos, de modo que en este caso queda suficientemente acreditado que se ha creado indudablemente una situación jurídica a favor de los titulares de las fincas de que se trata que debe ser aceptada y mantenida, ya que las fincas reúnen las condiciones necesarias que señala el Plan de ordenación y debieron ser incluidas en el Grupo II de las reclamadas, coincidiendo además por su situación con las características exigidas.»

El fundamento explícito de la sentencia no encuentra justificación en el Ordenamiento vigente, pues fácilmente se advierte que el principio de irrevocabilidad de las decisiones administrativas declarativas de derechos subjetivos tiene un ámbito de aplicación estricto: se refiere únicamente a los actos administrativos, pero no alcanza a las disposiciones generales, y, por tanto, no impide ni dificulta la modificación o derogación de los Planes de Ordenación Urbana. La Ley del Suelo de 2 de mayo

de 1956 —entonces vigente— reconocía la posibilidad de revisar (art. 37) y modificar (art. 38) los Planes, sin que la alteración determinara siquiera un derecho a la indemnización de daños y perjuicios, salvo que redujese al volumen mínimo edificable por debajo del reconocido al suelo rústico (metro cúbico por 5 metros cuadrados).

b) *La S. de 30 junio 1980*

De nuevo, la Sala Cuarta del TS declara la posibilidad de efectiva concurrencia de derechos adquiridos al mantenimiento de la ordenación urbanística vigente. Pero ni explica qué motiva el nacimiento de tales derechos ni la referencia a los mismos pasa de ser una mención incidental dentro del proceso de argumentación de la sentencia. «Mal se pueden esgrimir —dice— derechos adquiridos frente a dicho poder innovador, a no ser que se cuente con una situación consolidada, al amparo de un *status* legal que le sirviera de cobertura en los momentos necesarios hasta alcanzar tal estado.» Luego hemos de ver la S. de 29 septiembre 1980, cuya decisión es ya bien distinta: nada impide la actuación de la potestad de variación del planeamiento, si bien existen «derechos adquiridos» que, de resultar afectados, dan lugar a la correspondiente compensación.

c) *La S. de 2 junio 1982*

Bien es sabido que muchas veces los considerandos de las sentencias tienen escaso valor para precisar la decisión jurisprudencial exacta y concreta. Sin conocer con precisión los hechos, las aseveraciones del TS quedan desprovistas de su auténtico sentido (aunque también es cierto que lo que en la economía dialéctica de una sentencia es un simple *obiter dictum* puede convertirse luego en la clave fundamental de una nueva orientación de la doctrina legal) (3). Pues bien, el solo conocimiento de los considerandos de la S. de 2 junio 1982 no da cuenta del preciso alcance de su decisión, pues su argumentación no se corresponde con la parte dispositiva de la misma. Un resumen de los datos esenciales llama la atención sobre los siguientes:

— En 1962 fueron aprobados definitivamente el Plan Parcial y el Proyecto de Urbanización de La Pineda, con destino de los terrenos a «Ciudad Jardín Extensiva». El Proyecto de Urbanización se ejecutó, salvo lo concerniente al alcantarillado. Previas las licencias preceptivas, se construyeron bloques de apartamentos e instalaciones deportivas.

— El Plan General Metropolitano de Barcelona clasificó los terrenos como suelo urbanizable no programado.

— La impugnación ante el Tribunal administrativo dedujo dos pretensiones, aparte de la propiamente anulatoria. Primera: que se clasifi-

(3) Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, 1972, págs. 217-223.

case a los terrenos como suelo urbano. Y segunda: que se calificasen como «zona de ordenación en edificación aislada plurifamiliar», que era —se decía— la correspondiente a la anterior de Ciudad Jardín Extensiva.

— La Sala de Barcelona acepta la primera pretensión y desestima la segunda. Desestimación que funda, en esencia, en que «el *ius variandi* de la Administración no puede ser sustituido por el criterio judicial».

— Contra la sentencia de la Sala de Barcelona sólo interpusieron recurso de apelación las Administraciones demandadas.

Así las cosas, el TS declara (con todo tipo de precauciones, es verdad) la posible existencia de derechos adquiridos que impiden el ejercicio de la potestad de alteración del planeamiento:

«Si bien constituye doctrina jurisprudencial muy reiterada la que, en vista de la dinámica que caracteriza al Derecho urbanístico, reconoce la facultad de los Organos gestores del planeamiento para acomodarlo a las exigencias o conveniencias del interés público, prevalente, en general, respecto del derecho de los particulares afectables por las modificaciones del mismo, esto no puede entenderse en términos tan absolutos e incondicionales que autoricen una discrecionalidad administrativa, ni tampoco a que, en contra de la seguridad jurídica, se prescinda de situaciones de hechos engendradas conforme al Ordenamiento anterior y productoras no de simples expectativas jurídicas, sino de auténticos derechos adquiridos, que si en abstracto no pueden operar frente a la dicha prevalencia del interés público, en particular y siquiera por excepción sí que tienen eficacia impeditiva de aludida potestad innovadora de la Administración “cuando se cuenta con una situación consolidada, al amparo de un *status* legal que le sirviera de cobertura en los momentos necesarios hasta alcanzar tal estado” —sentencia de esa Sala de 30 de junio de 1980—, lo que conduce a la necesidad de que ambos intereses en conflicto se compatibilicen por virtud de normas transitorias, conforme explica el fallo de 29 de septiembre de 1980.»

Pero luego no va realmente a fundar su decisión en esta teorización sobre derechos adquiridos frente a potestad de innovación de planeamiento, sino en algo más modesto: en el carácter reglado de la clasificación del suelo urbano. Si concurren las circunstancias previstas en la norma para clasificar al terreno como suelo urbano (art. 63.1 de la Ley de 1956; ahora, art. 78 del texto refundido de 1976), el Plan y sus modificaciones y revisiones están constreñidos a respetar esa clasificación. Que ésta es, en definitiva, la fundamentación profunda y real de la sentencia lo demuestra el segundo considerando, destinado al análisis de si el ámbito del Plan Parcial de La Pineda estaba dotado de los servicios

requeridos por el artículo 63.3 de la Ley de 1956 (lo que, dicho entre paréntesis, era de todo punto innecesario, pues el precepto definía el concepto de solar y no se refería al más amplio de suelo urbano). Y lo demuestra más aún el tercer considerando, que ya no habla de derechos subjetivos, sino de realidades preexistentes: «se ha pronunciado esta Sala en el sentido de limitar esa potestad innovadora de los órganos urbanísticos en función de las reales situaciones preexistentes». Y las sentencias que invoca como fundamento de esa observación (de 9 abril 1970, 4 julio 1977 y 5 octubre 1978) ni siquiera se refieren a aprobaciones de Planes, sino a denegaciones de licencias por errónea clasificación del suelo como rústico cuando tenía, según el artículo 63 de la Ley de 1956, la consideración de suelo urbano. Aún cita dos más (de 3 mayo y 3 diciembre 1979) que no aparecen publicadas en el *Repertorio Aranzadi* de jurisprudencia.

En resumen: que esta S. de 2 junio 1982, pese a la declaración de principios que acoge en su primer considerando, no opone al acto impugnado sino la existencia de un derecho a la clasificación de suelo urbano, derivado del carácter reglado de la potestad de determinación del ámbito de esa clase de suelo.

d) *La S. de 3 junio 1982*

La sentencia se enfrenta a unos hechos singulares cuyo conocimiento es —de nuevo— indispensable para ponderar adecuadamente la decisión adoptada por el TS:

— El Plan Parcial de la zona Bonanova fue modificado para suprimir la previsión de un vial con base en que el desnivel del terreno impedía su ejecución. La modificación obligó a la tramitación de un proyecto de reparcelación que fue definitivamente aprobado. De las tres parcelas edificables comprendidas en el ámbito del Plan Parcial, dos habían obtenido licencias de edificación en los meses de febrero y marzo de 1976; a la tercera le fue denegada en enero de 1977 por causa de las nuevas determinaciones del Plan General Metropolitano de Barcelona. Los dos edificios habían sido terminados al tiempo de tramitarse el proceso administrativo.

— El primer proyecto de revisión del Plan Comarcal de 1953, que obtuvo la aprobación inicial en 29 de marzo de 1974, respetó la ordenación de la manzana.

— El Plan Metropolitano General prescindió en absoluto de las determinaciones del Plan Parcial y, como consecuencia de la previsión de un vial parecido al que se había suprimido con anterioridad y de un pequeño jardín urbano, calificó a los terrenos, en los que el Plan Parcial permitía la construcción de tres edificios, como espacios libres. Por el contrario, convirtió parte de la antigua zona verde en edificable.

— Deducido recurso contencioso-administrativo, se formalizó demanda con súplica de que se declarase la nulidad de las determinaciones

relativas a la zona, «por ser el planeamiento anterior al Plan General Metropolitano de Barcelona el legalmente obligatorio para los propietarios de dichos terrenos, al igual que la Administración».

— La Sala de Barcelona desestimó el recurso mediante S. de 11 diciembre 1979, en la que llegó a señalar que

«no resulta aventurado anticipar que en su trasfondo no existe más que la natural y humana aspiración de hacer prevalecer derechos subjetivos e intereses particulares respecto de aquellos otros de carácter público».

— En cambio, el TS estimó el recurso de apelación y accedió a la pretensión declarativa del derecho al mantenimiento de las determinaciones del Plan Parcial. Decisión que justifica en estos considerandos:

«La solución no debe ser el desconocimiento por parte de la Administración del derecho adquirido por el recurrente, Compañía Mercantil "J., S. A.", que al estar en posesión de una licencia para construir un edificio en suelo perfectamente idóneo urbanísticamente considerado, ve preterido ese derecho por la modificación o revisión del Plan con arreglo al cual se le expidió dicha licencia.
(...)

El problema exige limitar esta potestad innovadora de los Organos Urbanísticos frente a situaciones fácticas, como dice la sentencia que se invoca anteriormente, y las que en ella se citan, a fin de que en las sucesivas revisiones de Planes anteriores no se prescindiera de estos derechos preexistentes que han tenido total consumación.»

No puede compartirse la argumentación de la sentencia. Que un Plan haya sido consumado por la urbanización de los terrenos y la edificación de los solares no impide, de ninguna manera, su modificación o revisión: los edificios contrarios al nuevo planeamiento serán expropiados (art. 64.1 LS), o indemnizados con cargo al proyecto de reparcelación (art. 98.1 RGU) o al de compensación —art. 167.1.c) del mismo Reglamento—, o pervivirán sujetos al régimen especial de fuera de ordenación (art. 60 LS). Segundo: precisamente la pervivencia del mismo Plan Parcial fue objeto de otro recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por sentencia del TS de 25 abril 1983. Y la Sala de Revisión del TS declaró no haber lugar al recurso extraordinario interpuesto contra esta última sentencia. Es preciso —dijo la sentencia de dicha Sala Especial de 19 diciembre 1984—

«examinar la doctrina de ambas para decidir la que estime ajustada al ordenamiento jurídico de modo que deba prevalecer, para lo que ha de tenerse en cuenta que la sentencia de 3 de junio de 1982 decide en favor del manteni-

miento de situaciones anteriores conforme a una licencia municipal, construyéndose un edificio en suelo idóneo urbanísticamente, para limitar así la potestad innovadora de los organismos urbanísticos; mientras que la sentencia recurrida sostiene la legalidad de la revisión o modificación de los Planes Urbanísticos incluso si inciden en situaciones existentes conforme al Plan que se revisa, pues las normas de ordenación urbana pueden ser derogadas o modificadas por los procedimientos establecidos por circunstancias sobrevenidas, como se induce del tope puesto a la facultad revisora por el artículo 87.1, dos, del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo de 9 de abril de 1976.

Establecida por la Ley del Suelo citada la facultad revisora de los Planes Generales de Ordenación, en su artículo 47, si bien se prevén en el artículo 87.2 posibles indemnizaciones en las revisiones de terrenos y construcciones establecidas en los Planes parciales, cuestión distinta de la facultad revisora del planeamiento urbanístico, se patentiza la legalidad de las revisiones que pueda realizar la Administración, no obstante las situaciones creadas anteriormente y con aplicación en su caso de las normas transitorias procedentes, doctrina que al ser la establecida de forma acertada en la sentencia recurrida hace inviable la rescisión solicitada».

No hay, pues, según la voz autorizada de la Sala Especial de Revisión, derecho adquirido a la perduración de la ordenación urbana. Lo que no impide —en palabras de la S. de 21 diciembre 1981— que «pueda declararse ilegítimo el ejercicio de la comentada facultad administrativa de *variación del planeamiento urbanístico* en aquellos supuestos que se acredite de manera cumplida y convincente que la revisión o modificación introducida en un Plan con relación a otro anterior vigente de igual o inferior categoría normativa ha sido realizada sin justificación suficiente».

Pero antes de desarrollar el pensamiento del TS sobre el alcance del control judicial sobre la planificación urbanística hay que fijar la atención sobre una cuestión antes apuntada: el carácter reglado de la clasificación del suelo urbano y el consiguiente derecho a la misma.

IV. DERECHO A LA CLASIFICACIÓN DE SUELO URBANO

El artículo 78 LS ha suscitado una viva polémica doctrinal. Para unos, quiere decir, en su apartado *a*), que todo terreno que cuenta con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de agua y suministro de energía eléctrica, y siempre que estos servicios reúnan características

adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir (art. 21 RP), deben ser necesariamente clasificados como suelo urbano. La potestad de clasificación de este suelo sería, según esta opinión doctrinal, estrictamente reglada (4).

Por el contrario, otros autores entienden que el Plan puede decidir, entre los terrenos que cuentan con aquellos servicios, cuáles son clasificados como suelo urbano y cuáles no. Contar con aquellas dotaciones mínimas es condición necesaria, pero no suficiente, para la clasificación como suelo urbano (5).

El TS, en las ocasiones que ha tenido de pronunciarse sobre la cuestión, parece inclinarse por el carácter reglado de la clasificación del suelo urbano. La S. de 6 junio 1983 dijo que

«respecto de la urbanización "El Reco", las actuaciones practicadas demuestran que concurren en ella todas las circunstancias exigidas en el artículo 78 del vigente texto refundido de la Ley del Suelo para que se califique de suelo urbano, por lo que así debe hacerse».

Otra de 29 febrero 1984 invalida parcialmente el Plan General Metropolitano de Barcelona:

«Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 78 del vigente texto refundido de la Ley del Suelo, los terrenos en que concurren las circunstancias físicas que en dicho precepto se especifican deben ser calificados, imperativamente, como suelo urbano.

Resulta evidente que tal calificación se basa en un patente error de hecho, consistente en ignorar la realidad urbanística existente, puesto que no puede advertirse, en los términos en que se produce la citada calificación, ninguna intención de alterar el *status* establecido, ni se apunta ninguna razón de interés público que pueda justificar una recalificación basada en una línea totalmente arbitraria.»

En la de 14 mayo 1984 se anula también parcialmente el mismo Plan merced al razonamiento siguiente:

«Se discute la calificación de determinados terrenos a los cuales, en el propio Plan impugnado, se les reconoce la

(4) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, 1981, pág. 644; A. MINGO DE MIGUEL, *El derecho a la indemnización y la aplicabilidad del artículo 87.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976*, «RDU», núm. 75, pág. 74; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PAREJO ALONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, 1981, pág. 262, y J. L. LASO MARTÍNEZ, *Derecho urbanístico*, tomo III, págs. 88 y ss.

(5) Participan de esta opinión J. MORÓN y R. ZORRILLA, *Los criterios de clasificación del suelo en el Real Decreto-ley 16/1981*, «CEUMT», núm. 42, págs. 39 y ss.; P. A. JIMÉNEZ LUNA, *La clasificación transitoria del suelo en la adaptación transitoria del planeamiento general*, «RDU», núm. 77, pág. 59, y M. IRIBARREN GOICOECHEANDÍA, *La calificación de solar como requisito de la edificación*, pág. 79.

condición legal de suelo urbano, por concurrir en ellos las circunstancias que a tal efecto exige la Ley del Suelo.

La calificación discutida (clave 28) se refiere explícitamente a "bosque existente", en abierta contradicción con la realidad fáctica que se desprende de los autos y con la condición legal a que acaba de aludirse.

Con arreglo al precepto citado, la calificación de "suelo urbano" constituye un imperativo legal que no queda al libre arbitrio del planificador, sino que debe ser definida en función de la realidad de los hechos.

Si bien es cierto que no puede discutirse la facultad discrecional de la Administración para modificar, a través del planeamiento, las calificaciones del suelo preexistentes, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias a que dicho cambio de calificación pudiera dar lugar, no es menos cierto que una decisión de tal naturaleza requiere una expresa motivación basada en razones de interés público cumplidamente justificadas.

En el caso de autos, no se aduce ninguna razón de interés público que pueda justificar la manifiesta contradicción advertida entre la realidad de los hechos y la calificación asignada, por lo que es forzoso concluir que, o bien se ha incurrido en un error de apreciación que debe ser corregido, o bien se ha producido una extralimitación en el ejercicio de las facultades discrecionales atribuidas a la Administración, llegándose, en ambas hipótesis, a la misma conclusión de que la calificación asignada a los terrenos cuestionados es contraria a Derecho y debe, por tanto, ser rectificada.»

Como puede verse, no deja de incurrir esta última resolución judicial en clara contradicción. Pues primeramente establece el carácter de imperativo legal de la clasificación del suelo urbano y, de inmediato, proclama la potestad discrecional de la Administración para modificar las clasificaciones del suelo preexistentes, siempre que el cambio se fundamente en razones de interés público cumplidamente justificadas. Es de esperar, no obstante, que termine por consolidarse la doctrina proclive al carácter imperativo y necesario de la clasificación del suelo urbano. Atender a los datos de la realidad nunca está de más, especialmente cuando la conceptualización como suelo urbano no impide que los terrenos sean calificados como espacios libres, zonas verdes o de cualesquiera manera que impida la edificación. Con todo, el estatuto jurídico de suelo urbano conducirá en tales casos a soluciones justas, al impedir el vaciamiento cuasi absoluto de la propiedad urbana (piénsese en algo que está sucediendo con demasiada frecuencia: en la aplicación de la clasificación de suelo no urbanizable especialmente protegido a terrenos del casco urbano) y la indefinida congelación de las posibilidades del propietario de obtener una compensación justa (en última ins-

tancia, y si no procede la reparcelación o compensación, por virtud de lo dispuesto en el artículo 69 LS).

V. ENJUICIAMIENTO JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LA PLANIFICACIÓN URBANA

1. *Preliminar*

El control judicial sobre los actos de aprobación de Planes, de sus modificaciones o revisiones alcanza, indudablemente, a todos los aspectos de procedimiento; no sólo a la mera tramitación, sino también a la presencia de la documentación preceptiva. En este campo, los Tribunales contencioso-administrativos se mueven con extraordinaria comodidad y no parece arriesgado, en absoluto, pensar que muchas invalidaciones de Planes (en especial de iniciativa privada), por defectos de procedimiento o insuficiencia documental, encubren una censura contra las determinaciones materiales del concreto planeamiento.

Nada impide tampoco (y la práctica muestra ejemplos suficientes) que el Tribunal examine si la potestad se ha ejercitado con respecto a las normas limitadoras sobre aspectos sustantivos (estándares urbanísticos; exigencia de adaptación de las edificaciones al ambiente en que se sitúan; reequilibrio edificabilidad-espacios libres; normas sectoriales, etc.).

Pero no son esos aspectos —ya se dijo— los que ahora interesan. La cuestión se desplaza al control de la amplia discrecionalidad con que se adoptan las decisiones administrativas sobre clasificaciones —salvo la del suelo urbano— y calificaciones y sus intensidades (6). ¿Hasta qué punto el Tribunal contencioso-administrativo se entiende competente para examinar esas decisiones discrecionales y aun para sustituirlas por otras? Antes de examinar diversas sentencias en que el Tribunal Supremo ha tratado sobre el grado más o menos acuciente del control judicial sobre las decisiones del planificador desde ese prisma, no estará de más repasar algunos ejemplos extranjeros, pues pueden aportar valiosas ideas a la tarea de hacer realidad, en este ámbito del Derecho urbanístico, el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional y, correlativamente, a evitar cualquier tentación de abdicación de la competencia del Poder Judicial para censurar la legalidad de la actuación administrativa en esta materia.

(6) Una reciente revisión del control judicial de decisiones discrecionales de la Administración, en A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración pública en España*, 1985. El autor no ha prestado apenas atención a la materia de la planificación urbana.

2. *La doctrina del Tribunal Administrativo Federal de Alemania Occidental*

El Tribunal reconoce, por lo pronto, a la Administración una cierta libertad de decisión cuando planifica, pero con sujeción a ciertos límites, como son las reglas de procedimiento y, sobre todo, tres condiciones sustanciales: justificación del proyecto por los objetivos perseguidos, respeto a los principios rectores establecidos por la norma y, en fin, necesidad de una justa y ponderada apreciación del valor respectivo de los intereses en presencia. En lo que concierne a la justificación de la operación por los objetivos perseguidos, es preciso entender que aquéllos deben ser conformes al interés público, y el Plan verdaderamente eficaz para el cumplimiento de dichos objetivos.

Sin embargo, el punto más interesante y sobre el que pone singular énfasis el Tribunal es el examen de los intereses en juego, hasta el punto de que, desde la S. de 12 diciembre 1968, insiste en que «un Plan urbanístico no es legal si no reposa sobre una apreciación correcta de los intereses públicos y privados en presencia. Esta apreciación debe ser correcta, a la vez, en su proceso y en su resultado».

Ese examen —recuerda otra decisión del Tribunal de 7 julio 1978 (7)— «es imprescindible en todos los casos de planificación, incluso aunque no lo exija expresamente un precepto positivo, de modo que los afectados tienen un verdadero derecho subjetivo a que esa ponderación se realice correctamente y a que alcance un resultado correcto. El proceso del análisis es correcto si la Administración considera todos los intereses que merecen ser tenidos en cuenta, y, por otro lado, se requiere, aún, que el resultado del examen sea, también, acertado, de modo que los intereses y derechos afectados por la operación planificadora no hayan sido subestimados y que el interés general que se propicia no haya sido sobre o infravalorado».

Para completar este cuadro —que resume muy sucintamente la postura del Tribunal Federal— vale la pena ofrecer un ejemplo concreto de anulación de un Plan por defectuoso sopesamiento de los intereses públicos y privados en presencia. La S. de 5 julio 1974 se refiere a estos hechos: el 5 de octubre de 1970, la Administración aprobó un Plan de Detalle (*Bebauungsplan*) con la finalidad inmediata de autorizar —como así efectivamente lo hizo en 3 de octubre de 1970— la construcción de una fábrica de vidrio en un polígono de 60 hectáreas en la ciudad de Ruhr, dedicado en parte a suelo agrícola, en parte a pequeños jardines, y que se encontraba cercano a un barrio de bloques residenciales. El propietario de uno de estos bloques impugnó la autorización con fundamento en la ilegalidad del Plan. El Tribunal estimó el recurso por entender que tanto el proceso como el resultado de la ponderación de los intereses en juego habían sido incorrectos. El proceso fue incorrecto porque, con anterioridad al inicio de la tramitación del Plan, ya

(7) *Bverf. G. E.*, tomo 56, pág. 110; *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, pág. 64, con un comentario de VICKEL, y pág. 1490, con una nota de KELLER.

los terrenos, entonces destinados por el *Esquema Director* a zona verde, habían sido adquiridos por la Administración y puestos a disposición de la empresa beneficiaria; incluso, a costa de la Hacienda municipal, se habían ejecutado obras de acceso. Por ello, la Administración no estaba en situación de entera libertad para denegar la aprobación del Plan de Detalle; según el Tribunal, la Administración se había colocado en la imposibilidad de apreciar correctamente todos los intereses públicos y privados afectados. Pero, además, la sentencia entiende que el resultado del análisis del valor respectivo de tales intereses era, también, incorrecto, pues la creación de una zona industrial a lo largo de un polígono residencial y de una zona verde significa un desconocimiento grave de los intereses de la población interesada (8).

Tal es, en lo esencial, la descripción de la considerable extensión con que los Tribunales Administrativos de la Alemania Federal han configurado sus potestades de control sobre la Administración que planifica. Ciertamente, ésta conserva un gran margen de libre apreciación, pero, como ha señalado algún comentarista de la S. de 5 julio 1974, el resultado de la ponderación de los intereses en juego viene determinado automáticamente por el peso respectivo reconocido a cada interés en presencia; de aquí que la libertad de planificar de la Administración aparezca —se concluye con evidente exageración— vacía de toda sustancia (9).

3. *La jurisprudencia del Consejo de Estado francés*

Las directrices desarrolladas por el Tribunal alemán acerca del proceso y resultado de la ponderación de intereses concurrentes recuerda el principio del balance de coste-ventajas que utilizó por primera vez el Consejo de Estado francés en su conocida resolución de 28 de mayo de 1971 (10):

«Una actuación sólo puede ser legalmente declarada de utilidad pública si los atentados a la propiedad privada, el coste financiero y, eventualmente, los inconvenientes de orden social que determina no son excesivos en relación con el interés que presenta.»

(8) *Bverf. G. E.*, tomo 45, pág. 309, y *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, pág. 70, con nota de DAVID.

(9) Así, PAPIER en su comentario a la S. de 5 julio 1974, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1975, pág. 46.

(10) Publicado en la «RDSP», 1972, págs. 454-464, con una nota de M. WALINE. Para unos, se trata de un nuevo principio general del Derecho llamado a jugar un papel decisivo en el control riguroso de la discrecionalidad administrativa; así, A. S. MESCHERIAKOFF, *La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente*, «AJDA», 1976, págs. 596-610, y J. LEMASURIER, «Un nouveau principe général de droit: le bilan cout avantages», publicado en *Mélanges Waline*, 1974, pág. 551. Otros ven en él una simple versión remozada del principio de proporcionalidad; en este sentido, F. SALIANI, nota sobre el *arrêt Rabot* de 3 febrero 1975, «AJDA», 1975, pág. 467, y N. NISTCH, *Les principes généraux du droit à l'épreuve du droit public économique*, «RDSP», 1981, pág. 1549.

Mediante este principio, el Consejo de Estado ejerce un *control máximo* sobre la decisión administrativa: la utilidad pública de un proyecto no se examina sólo en consideración a si su objeto está incluido entre los que, en general, son de interés público, sino comparando la necesidad a que atiende con los inconvenientes de todo orden que provoca, comprendidos los económico-financieros, sociales, estéticos, ecológicos, etc., y aun los que inciden sobre la propiedad, vida familiar o profesional de los afectados. El control máximo se ejerce ya cotidianamente sobre los actos declarativos de la utilidad pública expropiatoria; así, por ejemplo, en los *arrêts* de 25 abril, 4, 18, 25 y 30 mayo, 1, 12 y 19 junio, 11 y 27 julio 1979; 15 febrero, 26 marzo, 30 mayo, 13 junio, 4 y 25 julio, 10 octubre y 7 y 28 noviembre 1980; 1 y 10 diciembre 1982; 25 enero, 18 febrero y 2 marzo 1983. No faltan las anulaciones; tal los casos de los *arrêts* de 20 octubre 1972 (11): raqueta de enlace y cambio de sentido por afectar gravemente al servicio de un hospital psiquiátrico; 26 octubre 1973 (12): aeropuerto promovido por un pequeño municipio para favorecer las actividades del aeroclub local, cuando las necesidades del transporte aéreo están suficientemente cubiertas por un aeropuerto situado a 50 kilómetros y en atención a la patente desproporción entre los recursos financieros municipales y el costo económico del proyecto; 18 mayo 1977: instalación de servicios municipales y de un jardín público en una antigua abadía dedicada a colonia de vacaciones para empleados del Banco Nacional de París; 9 diciembre 1977: parcelación para 77 edificios en municipio de 2.000 habitantes, por atentar gravemente a su carácter de sitio pintoresco, próximo a una antigua iglesia y abadía; 27 julio 1979: adquisición de un edificio en París para la instalación provisional, por plazo no superior a cinco años, de una escuela nacional, dado el costo de adquisición y de acondicionamiento; 7 diciembre 1979: apertura de nuevo camino rural como alternativa menos costosa que la reparación del existente, pero que priva del patio a una casa y causa molestias considerables a sus propietarios, sin aportar a los usuarios del camino ventajas apreciables; 26 marzo 1980: creación de una estación turística en la que se proyecta la construcción de apartamentos para 4.500 camas al borde de la playa, sobre 67 hectáreas de bosque, declarado sitio pintoresco; 11 marzo 1981: expropiación de terrenos «para permitir la creación de un área de estacionamiento al borde de una carretera, en atención a los importantes comercios que allí se encuentran y a que la vía está con frecuencia saturada»; la anulación se funda simplemente en que «no aparece probado en el expediente que las necesidades de la circulación y de estacionamiento justifiquen la creación de esta área de estacionamiento»; 3 febrero 1982: vía de circunvalación por suponer la destrucción de un parque público urbano y del jardín de una residencia privada inscrita en el inventario de monumentos históricos. En fin, otro de 4 marzo 1983 dice que

(11) Publicado en la «RDPSP», 1973, págs. 843-857, con las conclusiones del *Commissaire du Gouvernement*, M. MORISOT.

(12) Publicado en «AJDA», 1974, pág. 34, con nota de MJK, para quien el Consejo de Estado se ha comportado en esta decisión como una autoridad de tutela.

«el Ayuntamiento de Niza trata de expropiar la mayor parte de la finca de Rose Falchetto para la apertura de una nueva vía pública y para la creación de una zona verde. Esta última operación implica, dada la importancia de la superficie afectada, la desaparición de la explotación agrícola (huerto y frutales) dirigida por Luis Falchetto y asentada en la propiedad de Rose Falchetto. En relación con los inconvenientes que presenta la desaparición de esta empresa y con las ventajas limitadas de la actuación que se refiere a un barrio poco densificado y ya bien dotado de zonas verdes naturales y artificiales, el proyecto en cuestión no puede ser considerado, en este extremo, como destinado a un fin de utilidad pública».

La jurisprudencia del balance de costos y ventajas se aplica a otras materias: dispensas de planes de urbanismo (*arrêt* de 16 julio 1973) (13); implantación de servidumbres de paso de energía eléctrica (*arrêt* de 24 enero 1975) y de protección de una central radioeléctrica (*arrêt* de 18 abril 1980); creación de una zona de protección en torno a un lugar singular (*arrêt* de 8 julio 1977). En cambio, el Consejo de Estado se niega a efectuar un control tan exigente con ocasión de un acto de clasificación de zona protegida, al que somete a un control normal de cualificación jurídica de los hechos (*arrêt* de 2 mayo 1975) (14); pero posteriormente ha extendido el examen de la legalidad de decisiones semejantes (creación de reservas naturales) hasta verificar no sólo la concurrencia del interés que justifica el acto administrativo, sino incluso si la extensión de la reserva y las limitaciones impuestas no resultan excesivas en relación con el objetivo propuesto; el control se aproxima así al máximo (*arrêt* de 30 noviembre 1981) (15).

(13) M. WALINE publicó un breve comentario de esta decisión en «RDSP», 1974, págs. 262-270.

(14) Aparece publicado en «AJDA», 1975, pág. 314, con las conclusiones de G. GUILLAUME.

(15) No han faltado críticas contra el principio del balance de coste-ventajas: Ch. PASBECO, *De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du Juge de l'excès de pouvoir*, «RDSP», 1980, págs. 803-849: «las condiciones de valoración del balance crean el riesgo de que el juez entre en un terreno peligroso. Podría convertirse en el árbitro entre el interés general y los intereses particulares; pero también entre distintos intereses públicos. ¿Y en virtud de qué criterios se inclinará el juicio de oportunidad? Los elementos que le sirven para evaluar el pasivo no son siempre cuantificables... El modifica los datos del problema sin tener ninguna responsabilidad directa en la situación que crea». Sin embargo, esas posibilidades de exceso no parecen hasta ahora haberse convertido en realidad: «el Consejo de Estado tiende a prejuzgar un resultado favorable: desequilibra el balance colocando de entrada en uno de los lados la "necesidad", reconocida por la Administración, del proyecto; necesidad cuya efectiva realidad se abstendrá de controlar vigorosamente». Aun reconociendo la situación de desventaja del juez, no puede dejar de señalarse que «esta prudencia del Consejo de Estado frente a ciertas decisiones gubernamentales parece revelar una actitud reverencial frente a los detentadores del poder político» (O. DUPEYROUX, *L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, «RDSP», 1983, págs. 565-629).

Ahora bien, hasta el momento, el Consejo de Estado ha rehusado aplicar la jurisprudencia del balance de costos y ventajas en los recursos contra las decisiones de los redactores de planes urbanísticos (*arrêt* de 23 marzo 1979) (16), pues —se dice— «en la medida en que ponen en juego datos numerosos y heterogéneos no son objeto más que de un control restringido; la Administración continúa siendo dueña de sus decisiones a condición de no franquear las fronteras de lo razonable» (17). El juez administrativo ejerce, pues, sobre el contenido del POS un control mínimo e investiga especialmente si existe error manifiesto de apreciación: «no aparece probado en el expediente que el Prefecto de *Ille et Vilaine* haya incurrido en un error manifiesto de apreciación o que se haya fundado en hechos materialmente inexactos al acordar, a instancias del Consejo Municipal, la redacción de un POS del término de Domloup, dada su proximidad a la ciudad de Rennes y del desarrollo urbanístico que suscita. Por otra parte (...), la apreciación de los autores del Plan en cuya virtud clasifican como zona natural un sector que, en su criterio, debe ser preservado de la urbanización, sólo puede ser discutida ante el juez administrativo cuando repose sobre hechos materialmente inciertos o esté viciada por un error manifiesto» (*arrêt* de 3 noviembre 1982). «La naturaleza de toda reglamentación urbanística —dice otro *arrêt* de 3 noviembre 1982— exige distinguir zonas en las que las posibilidades de construcción son diferentes, así como zonas libres; cuando esta determinación no reposa sobre una apreciación manifiestamente errónea, no atenta ilegalmente contra el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.» Con idéntica mínima intensidad, el Consejo de Estado examina la legalidad material de los actos de creación de ZAD (*zone d'aménagement différé*); por ejemplo, en 7 de julio de 1982 dijo que «si bien los proyectos del Ayuntamiento de Ergué-Gabéric se encuentran entre los que pueden legalmente justificar la creación de una *zone d'aménagement différé*, resulta probado que, en relación singularmente con la importancia de la población y con su situación geográfica, la superficie de la zona es desproporcionada con la necesidad de terrenos que implicaría, en un futuro previsible, la ejecución de aque-

(16) Las conclusiones en este asunto del *Commissaire du Gouvernement*, D. LABETOUILLE, en «Rec.», pág. 129. F. BOUYSSOU, *Le contentieux administratif des Plans d'Occupation des sols*, en «Etudes y Documents», núm. 34, 1982-1983, pág. 89, se muestra conforme con esta decisión: «es preciso sin duda aprobar la actitud del Consejo de Estado desde el punto de vista de los principios: la teoría del balance aplicada a la expropiación ha suscitado más ilusiones que profundizaciones del control jurisdiccional».

La elección del Consejo de Estado francés entre un control mínimo o uno normal no está guiada por razones técnicas o jurídicas, ni siquiera históricas. «Parece así, en definitiva, que la opción entre el control restrictivo o el control normal es sobre todo un asunto de oportunidad jurisprudencial y responde a fines de acción pedagógica: se trata de mostrar el grado de exigencia del Consejo de Estado frente a la Administración» (B. STIRN, en sus conclusiones como *Commissaire du Gouvernement* en el asunto *Société Les Editions des Arches*, «RDSP», 1985, pág. 1364).

(17) Así, B. GENEVOIS, en sus conclusiones como *Commissaire du Gouvernement*, publicadas en la «RDSP», 1982, págs. 473-492.

llos proyectos; por ello, el acto recurrido incurre en error manifiesto de apreciación».

Existe, no obstante, una clara voluntad del Consejo de Estado de progresivo reforzamiento del control de los POS. De la mera desestimación de los recursos, motivada expresamente sólo en la inexistencia de error manifiesto pero sin ninguna explicación más precisa, ha pasado a razonar de modo claro y reposado esa conclusión fundada en la situación de hecho o de derecho preexistente. Y de la exigencia de que la equívocación resulte patente y palmaria de las propias actuaciones ha llegado a una actitud de búsqueda más activa del acierto o desacierto del planificador. Con todo, hasta la actualidad sólo en dos ocasiones ha estimado impugnaciones de este carácter (18). El *arrêt* de 19 octubre 1979 fue dictado después del reconocimiento judicial del lugar y de una amplia audiencia de los recurrentes, Ayuntamientos y equipo redactor; la decisión anuladora se funda así:

«Resulta de la investigación realizada por el Consejo de Estado en Arzon que, al prever en el POS impugnado la implantación en Port-Léen, sobre dominio público marítimo y en paraje protegido, de un estacionamiento para automóviles de 8.000 metros cuadrados con capacidad para 320 plazas, la Administración ha incurrido en error manifiesto de apreciación en relación con las preocupaciones urbanísticas a las que debe atender con ocasión de la elaboración del Plan; este proyecto es separable de otras determinaciones del POS, por lo que procede anular el Plan en el extremo relativo a la realización en Port-Léen de un estacionamiento de automóviles» (19).

Habrà que esperar hasta el 13 de abril de 1983 para que llegue la segunda anulación de un POS por este motivo. Desde la apreciación de que un error manifiesto de zonificación constituye una infracción del principio de igualdad, el Consejo de Estado se detiene en un análisis minucioso de la realidad y, después de apreciar la existencia de reservas suficientes para viales y demás servicios, la proximidad de equipamientos sociales y culturales, así como el carácter urbano del entorno, estima que la calificación de los terrenos como zona NA (en los que se prohíbe temporalmente toda construcción) constituye un error manifiesto de apreciación.

El control estricto a que el Consejo de Estado somete a los POS alcanza al examen de las infracciones procedimentales, vulneraciones a reglas materiales de Derecho positivo, así como a la desviación de poder. Especialmente, la doctrina incita al Consejo de Estado a una menor benevolencia ante los supuestos de desviación de procedimiento: «bajo la cobertura de la planificación urbana, la Administración puede caer en

(18) F. BOUYSSOU, *op. cit.*, págs. 89 a 93.

(19) Las conclusiones de M. ROUGERIN-BAVIBLE fueron publicadas en «AJDA», 1980, pág. 110.

la tentación de imponer determinaciones extrañas al Derecho urbanístico *stricto sensu*» (20). No faltan decisiones de los Tribunales administrativos que invalidan disposiciones de POS por desviación de poder. El Consejo de Estado ha anulado las previsiones del POS cuando tienen por objeto regularizar edificaciones cuya licencia ha sido anulada (*arrêt* de 25 junio 1982), cuando favorecen un proyecto de edificaciones particulares (18 diciembre 1981) o cuando tratan de perjudicar a un promotor determinado (13 abril 1983). Cercanas a la desviación de poder están otras resoluciones en que la invalidación se funda en infracciones formales: se deja sin efecto la calificación de unos terrenos al entender que concurre un vicio de procedimiento por la participación en el «equipo redactor» del Plan del Adjunto de la Alcaldía, que había presionado a favor de la edificabilidad de los terrenos de su padre, y de un técnico que, al propio tiempo, habría recibido el encargo de redactar un proyecto de ordenación y urbanización de esos terrenos (*arrêt* de 21 abril 1982). En la misma línea, otro de 30 abril 1982 invalidó un sector del POS por la participación en el equipo redactor de un técnico personalmente interesado.

La progresiva apertura del Consejo de Estado en pro de un control más exigente de las decisiones del planificador urbano no es aún estimada como suficiente. Se habla así de que ejerce un control perfeccionable, y se apuntan las siguientes vías: manteniendo el principio de control restrictivo, se apuesta por una profundización en el análisis de la coherencia interna de los diversos elementos del POS, un mejor reparto de la carga de la prueba, de modo que ha de ser la Administración quien, *ab initio*, justifique el contenido del Plan; singularmente, ante las alegaciones concretas del recurrente, la Administración debe ofrecer las explicaciones necesarias y precisas; se propone, asimismo, un más detenido examen de las cualificaciones jurídicas derivadas de algunos preceptos positivos (por ejemplo, un juicio más profundo de la toma en consideración, impuesta por la norma, del valor agronómico del suelo o de la cercanía de equipamientos públicos). «El reforzamiento del control pasa también —se concluye— por el desarrollo de otros medios, como el error de derecho, la desviación de procedimiento y la desviación de poder» (21).

(20) F. BOUYSSOU, *op. cit.*, pág. 91: «la práctica suministra numerosos ejemplos: prohibición de ciertos materiales, reglas sobre superficie mínima o sobre número mínimo de habitaciones para las viviendas (lo que no corresponde al urbanismo, sino a la reglamentación de la construcción)». Entre nosotros, el ejemplo más reciente es la exclusión de todo uso que no sea el de vivienda de protección oficial; en contra, P. A. JIMÉNEZ LUNA, *La afectación de suelo a la construcción de Viviendas de Protección Oficial como determinación del planeamiento general en suelo urbanizable programado*, «RDU», núm. 92, 1985, págs. 13-26. Otro ejemplo: la reglamentación de superficies y usos comerciales para impedir la implantación de hipermercados.

(21) F. BOUYSSOU, *op. cit.*, pág. 97.

4. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

4.1. *Indudable potestad de control judicial.*

Hoy es ya un lugar común la afirmación de la plena potestad del Tribunal contencioso-administrativo para examinar la corrección de las decisiones administrativas sobre clasificaciones, calificaciones e intensidades de éstas en la planificación urbana. En los últimos años ya apenas se encuentran declaraciones tan terminantes como ésta de la S. de 27 marzo 1979: «la jurisdicción no puede inmiscuirse en las apreciaciones de la Administración que supongan opciones técnicas o de decisiones de política urbanística, en cuanto ello representaría una sustitución de funciones irremplazables, por lo mismo que no puede sustituirla en la adopción de criterios sociológicos, económicos o políticos, según destacó la sentencia de 12 de octubre de 1972».

Incluso no es difícil ofrecer ejemplos en los que el Tribunal Supremo corrige la dejación de facultades judiciales de control en que había incurrido la Sala de la Audiencia Territorial. Así, la S. de 27 abril 1983, ante la apreciación de la apelada de que el problema era de mera «oportunidad técnica», ajeno a la revisión jurídica, advierte que «tal postura no es de aceptación por esta Sala al no recoger los modernos criterios doctrinales y jurisprudenciales que, profundizando en el control judicial de la discrecionalidad administrativa —para el cual se reveló insuficiente la institución de la desviación de poder por su fundamento excesivamente subjetivo—, enseñan que la solución técnica en que se concreta esa discrecionalidad debe venir respaldada y justificada en los datos objetivos sobre los cuales opera, de tal forma que, 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 resulta 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».

A la vista de esta decisión —y otras muchas; la relación de sentencias favorables a un control amplio en esta materia puede ser interminable; por ejemplo, SS. de 1 febrero, 6, 15 y 16 julio, 19, 28 y 29 octubre 1982; 15 y 18 febrero, 16 marzo, 23 y 29 abril y 24 noviembre 1983; 21 enero, 3, 6, 20, 21 y 29 febrero, 14 marzo, 27 abril y 10 diciembre 1984; 3 enero, 7 febrero, 13, 20 y 25 marzo, 10 abril 1985—, puede asegurarse que el TS se ha inclinado por una actitud de exigencia frente al planificador urbano. Responde así a lo que estima ser un «deber jurídico y moral de los Tribunales, de no prevalecerse de estos principios (propicios a la libertad de decisión administrativa), que les llevaría por la vía fácil de su aplicación automática a soluciones demasiado simples y sencillas, debiendo, a través del control de los hechos, intentar indagar si tal delegación de facultades ha sido usada de forma correcta y racional» (S. de 15 julio 1982).

Ahora bien, dentro de esta voluntad común de examen de las decisiones administrativas sobre planificación urbana, apuntan dos actitudes claramente diferenciadas en cuanto a presupuestos, técnicas e intensidades del control (22). Es, pues, preciso dedicarles, por separado, alguna atención.

4.2. *Tendencia general a un control limitado.*

No resulta, en absoluto, temerario afirmar que la mayoría de las sentencias realizan un control reducido de las resoluciones administrativas recaídas en el ámbito del planeamiento urbanístico. Sólo se muestran inclinadas a invalidar la determinación impugnada si aprecian, merced a una prueba plena proporcionada por el recurrente, que la Administración ha incurrido en manifiesto error de hecho o de apreciación. Aparece así el TS temeroso ante la acusación de que un análisis judicial profundo de las decisiones discrecionales puede conducir a la mera sustitución del parecer no jurídico de la Administración por el del Tribunal (23). Significativa al respecto es la S. de 25 enero 1983: sin perjuicio de reafirmar la posibilidad de un cierto control judicial, llama la atención sobre el hecho de que «en principio y en su ejecución práctica, [esa discrecionalidad] no es revisable por los Tribunales, en cuanto éstos no pueden sustituir a la Administración en la fijación de una determinada política urbanística y en la determinación de los objetivos concretos».

La merma de posibilidades del examen judicial tiene lugar a través de la aplicación rígida de varios criterios que, en concurrencia, vienen a convertir en imposible —o extremadamente difícil— la constatación del posible error jurídico o técnico de la Administración.

a) *Carga de la prueba.* Se impone al recurrente, desde la presunción de absoluto acierto del planificador, la carga de la prueba del desacierto. «Si en los simples actos administrativos —dijo la S. de 24 noviembre 1981— impera el principio de presunción de legalidad y veracidad de los mismos, lo que ha sido justificado en base a las mayores garantías de control, a las máximas de experiencia, a la apariencia de legitimidad del acto, a su emanación de un órgano con poder público, a un criterio de privilegio, al carácter autoritario del acto, e incluso,

(22) Como se ha de ver, no comparto enteramente la opinión de A. MOZO SEOANE, *op. cit.*, págs. 500-501, nota 65, acerca de que no se trata de dos tendencias diferentes, «sino más bien la misma doctrina de fondo con el acento puesto en uno u otro aspecto de la compleja cuestión; es perceptible que se trata de un mero planteamiento dialéctico que se decanta hacia uno u otro sentido según las circunstancias concretas de cada litigio, lo que, por otra parte, es natural y casi inevitable».

(23) «Importa distinguir entre un control material lícito —ejercicio de ordinario mediante la aplicación de los principios generales del Derecho— y un control material no lícito —ejercicio de ordinario mediante la aplicación de normas valorativas no estrictamente jurídicas (ética, justicia, intuición, etc.)—, ya que esta última variedad, en efecto, no supone un verdadero control material de la discrecionalidad, sino una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial.» A. NIETO, *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, en el núm. 44 de esta REVISTA, 1964, pág. 157.

precisamente, al interés público; si, repetimos, el simple acto administrativo ha merecido el beneficio de esta presunción, refrendado por la jurisprudencia (sentencias de 25 febrero 1960, 6 enero 1962, 28 octubre 1964, entre otras muchas), es obvio que las determinaciones de un Plan del rango que nos ocupa han de gozar, como mínimo, de este mismo tipo de presunción, lo que se declara ahora a los solos efectos del *onus probandi*.»

Hay en estos casos una aplicación excesivamente automática de la presunción de legalidad. No sólo la prueba en contrario, sino la observación de que no ha sido cumplida la elemental exigencia de buena administración que impone al planificador colocarse en la mejor posición posible para la adecuada ponderación de los intereses en juego (24), debería ser suficiente para adentrarse en una más profunda valoración del acierto o desacierto del acuerdo impugnado. También parece obligado que el Tribunal exija a la Administración una motivación (25) y aun, al menos, un principio de acreditamiento de la racionalidad de su resolución. Por lo común, la atención que se presta a las reclamaciones presentadas en los períodos de información pública y a los recursos administrativos contra la aprobación definitiva de los Planes de ordenación urbana revela la utilización poco meditada y poco seria de un conjunto de tópicos que traslucen la intención de no afrontar con rigor los problemas planteados por el administrado.

b) *Rigor en la apreciación de la prueba.* Al recurrente se le carga no sólo con la necesidad de probar el error de la Administración; se le exige, además, que la prueba ofrezca un resultado claro e inequívoco. «Solamente puede declararse ilegítimo el ejercicio de la comentada facultad administrativa de valoración del planeamiento urbanístico —según el texto de la S. de 21 diciembre 1981— en aquellos supuestos que se acredita de manera cumplida y convincente que la revisión o modi-

(24) M. WALINE, *Précis de Droit administratif*, 1969, pág. 353, induce de la jurisprudencia del Consejo de Estado la siguiente regla: «un acto administrativo debe ser anulado cuando la autoridad administrativa, por la forma en que ha procedido, se ha colocado ella misma en la imposibilidad de hacer una rigurosa apreciación de la oportunidad de su decisión. Todo indica que la autoridad administrativa tiene, incluso cuando su poder es enteramente discrecional, la obligación de situarse en las mejores condiciones para adoptar la mejor decisión». Violan esta regla las decisiones globales —tan usuales frente a las reclamaciones y recursos contra decisiones del planeamiento urbanístico—, reveladoras de que la Administración no ha examinado las circunstancias propias de cada caso; en este sentido, J. MÉGRET, «De l'obligation pour l'Administration de procéder a un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision discrétionnaire», en *Etudes et Documents*, fasc. 7, 1953, pág. 77.

(25) G. MENGOLI, *Sobre las limitaciones de la potestad de planificación urbanística*, «RDU», núm. 93, 1985, pág. 455, dice, con evidente exageración: «El primer límite, actual y concreto, puede aplicarse en el control de los actos de planificación mediante el examen de las motivaciones necesarias de cada una de las disposiciones del Plan, afirmándose que "todas" las disposiciones deben estar motivadas, por cuanto "todas" constituyen un límite al libre ejercicio del derecho a la libertad de los ciudadanos, y no sólo las que contengan disposiciones que incidan sobre situaciones particulares (como, por ejemplo, parcelaciones acordadas).»

ficación introducida en un Plan con relación a otro anterior vigente de igual o inferior categoría normativa ha sido realizada sin justificación suficiente; tal prueba no existe en el caso de autos, dado que la recurrente no aporta prueba técnica que destruya la presunción de que la referida modificación responde a reales necesidades urbanísticas o a fundados criterios de perfeccionamiento y actualización de la ordenación anterior.» La prueba ha de poner de manifiesto que la ordenación recurrida es «a todas luces arbitraria» (S. de 3 febrero 1984). Como corroboran, entre otras, las SS. de 1 febrero, 6, 15 y 16 julio y 19, 28 y 29 octubre 1982, el TS hace saber, con bastante reiteración, que sólo estará en condiciones de estimar un recurso contra la aprobación de instrumentos de la planificación urbanística cuando se le demuestre clara e inequívocamente que la decisión administrativa supone «un actuar contrario a las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido» (S. de 1 febrero 1980); únicamente anulará la decisión de la Administración si se prueba su «irracionalidad o arbitrariedad» (S. de 6 julio 1982).

Y resulta que ello es, en general, de todo punto imposible, pues la discusión no versa sobre materia de ciencia exacta, sino sobre puntos donde los criterios de evaluación no pueden ser estrictamente científicos, sino de carácter retórico (26).

c) *Reducción de las pautas de control.* Dentro de la inclinación a un control tibio sobresalen aquellas sentencias que califican como único motivo atendible el error de hecho (por ejemplo, la S. de 6 febrero 1984) o la desviación de poder. En la S. de 27 abril 1984 se lee:

«Estos otros temas, a los que acabamos de referirnos, sobre la racionalidad del plan en litigio, sobre los límites en el ejercicio de la discrecionalidad por parte de la Administración y sobre el respeto debido a los derechos subjetivos de los particulares, están condenados al fracaso, al estar expuestos en esta forma genérica y abstracta, puesto que, de entrar en su enjuiciamiento, nos encontraríamos con el óbice surgido del carácter revisor de nuestra jurisdicción derivado, a su vez, de la mecánica de la división de poderes y funciones que impide a la nuestra sustituir a la Administración en la apreciación de criterios propios de ésta, e incluso de las instancias legislativas y políticas que la animan y marcan su impronta, ya que a nosotros sólo nos está reservado el control de la legalidad de los actos y normas, como proclama una constante jurisprudencia: sentencias de 20 febrero 1965, 26 septiembre 1970, 18 diciembre 1972, entre otras; sin más excepción que la constituida por los supuestos de exceso o desviación de poder, ni siquiera planteada en este caso.»

(26) Como, por lo demás, ocurre con toda cuestión jurídica; así, L. RECASSENS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de las cosas y lógica «razonable»*, 1971; en especial, págs. 103 y ss.

En parecidos términos se pronuncian las SS. de 25 enero y 20 marzo 1985.

Esta drástica limitación —ciertamente excepcional dentro de la actual jurisprudencia— lleva, en la práctica, a la misma conclusión de imposibilidad de control de las decisiones administrativas sobre la planificación urbana, que ya parecía definitivamente superada. Pues la desviación de poder como técnica efectiva de reducción de la arbitrariedad administrativa ha fracasado claramente, al menos en nuestro país (27). Y una prueba clara la ofrece el urbanismo: con ser lo que ha sido y lo que es, en ninguna ocasión el TS ha anulado determinación alguna de un Plan por desviación de poder. La situación «sombria y descorazonadora» en esta materia aparece fielmente reflejada en la S. de 27 marzo 1979:

«Sin duda, ante este cúmulo de dificultades, la sociedad recurrente no ha tenido más salida, en la defensa de lo que sinceramente considera justo, que acudir al remedio extremo de la desviación de poder; remedio extremadamente dificultoso en su manejo, por la complejidad de los factores que tiene que poner en juego, como son los que pueden provocar la antinomia entre legalidad y Derecho —SS. de 15 marzo 1963, 15 octubre 1964—, lo que ha sido llamado “vicio del fin” —SS. de 14 mayo 1959 y 28 febrero 1961—, lo que obliga a escudriñar en algo tan nebuloso como es la motivación interna del acto —SS. de 9 junio 1959, 15 marzo 1962—; dificultades que se acrecientan al no poder contar en esta indagación con meras presunciones —SS. de 7 octubre 1963, 17 abril 1967—, ni con suspicacias y especiosas interpretaciones del acto —sentencias últimamente citadas—, ni con simples conjeturas —S. de 21 enero 1960—, ni siquiera puede fundarse en criterios erróneos o inoportunos de la Administración, ni en aplicación indebida de preceptos legales —S. de 12 abril 1965—, pues, por el contrario, la presunción que sí cuenta es la de que la Administración ejerce sus potestades con arreglo a Derecho mientras no se pruebe otra cosa —S. de 26 diciembre 1960—, prueba que tiene que partir de unos hechos concretos —S. de 7 octubre 1963— y, de ellos, deducir, tras de una demostración concluyente —S. de 26 diciembre 1960—, tajante —SS. de 21 enero y 17 junio 1966—, haberse separado del cauce jurídico correcto con el fin de lograr unos objetivos ajenos a los que inspiraron al ordenamiento aplicable.

Aunque este cuadro de doctrina jurisprudencial parece presentar un horizonte bastante sombrío y descorazo-

(27) El estado —nada halagüeño— de la jurisprudencia puede verse en J. SÁNCHEZ ISAC, *La desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español*, 1973. Por desgracia, nada ha cambiado desde entonces en este campo.

nador respecto a las posibilidades que pueda ofrecernos la institución de la desviación de poder, sin embargo (y la puntualización se hace para evitar el recelo de que pueda creerse en una identificación del pensamiento de la Sala con el negativismo aparente que en este cuadro puede verse), no se debe olvidar el hecho del uso y abuso de este concepto en multitud de procesos, utilizado a la desesperada, o a impulso del acicate ofrecido por el artículo 94.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, causa principal de que se hayan producido este tipo de sentencias.»

Estas ideas de la doctrina legal muestran una situación en verdad insatisfactoria y perfectible. Y ha sido la propia jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS quien se ha preocupado por ir abriendo camino a una nueva visión que refuerza el grado de exigencia frente a la Administración urbanística.

4.3. *La apertura a un control máximo.*

El tránsito desde soluciones más permisivas a un control total de las previsiones urbanísticas aprobadas por la Administración está, pues, en marcha y, como veremos, ya se encuentran enunciados los instrumentos básicos que el Tribunal puede utilizar para el examen profundo de la legalidad y racionalidad de todos los aspectos del planeamiento urbano y de sus reformas. Un repaso de las sentencias presididas por este afán de control más incisivo ofrece un claro contraste con los criterios generales que antes hemos examinado. En efecto:

a) *Carga de la prueba.* De la derivación de toda la carga de la prueba sobre el recurrente se pasa a un mejor reparto entre éste y la Administración. Según esta postura jurisprudencial, corresponde a la Administración, *ab initio*, justificar el contenido del Plan y, especialmente, sus reformas, sin que valgan motivaciones escapistas o injustificadas. El principio de seguridad —advierte la S. de 9 diciembre 1981— fundamenta la permanencia y estabilidad de los Planes «frente a posibles modificaciones impremeditadas y carentes de justificación, garantizando a los administrados que el Plan al amparo del cual han urbanizado y construido no será modificado en sus determinaciones mientras permanezcan inalterables las condiciones que motivaron su aprobación. La potestad administrativa de variar el planeamiento debe ser entendida no como fundamentada en criterio subjetivo ejercitable en cualquier momento, sino como remedio establecido en la Ley para que la Administración, objetivando alteraciones reales en las referidas circunstancias y condiciones determinantes de las precisiones del Plan, realice aquellas modificaciones que impongan las nuevas necesidades urbanísticas creadas por la dinámica social en el transcurso del tiempo». La discrecionalidad «técnica» de que goza el planificador debe, no obstante, «venir

respaldada y justificada en los datos objetivos sobre los cuales opera» (S. de 27 abril 1983).

De modo aún más elocuente, la S. de 3 enero 1984 se muestra contraria a la aplicación de la presunción de legalidad en esta materia si la decisión administrativa no encuentra suficiente justificación en los estudios e informes del expediente: rigen al respecto —dice el TS— «principios de necesidad de modificación, coordinación sistemática o de conjunto y eficacia técnica, no cubiertos, ciertamente, a modo de la llamada presunción de legalidad, por otras fácticas presunciones que pudieran poner en riesgo la interdicción constitucional de la arbitrariedad, sino por los informes y memorias que forman parte del documento urbanístico a tenor de las legales exigencias y que en los aspectos mencionados configuran y acreditan la fundamentación técnica del Plan, obviamente no vinculantes para la jurisdicción contencioso-administrativa con impugnación a través de la apreciación de la prueba de los hechos determinantes». Otra de 14 marzo 1984 anula el acto administrativo de aprobación de la revisión del Plan, en una de sus concretas determinaciones, al apreciar la ausencia de «una expresa motivación, basada en razones de interés público cumplidamente justificadas»; entiende, por tanto, el TS que es necesaria una expresa y cuidada motivación de aquella decisión —en concreto, de la clasificación de unos terrenos «urbanos» como suelo no urbanizable— y aun una justificación plena y concienzuda del razonamiento que lleva a la Administración a inclinarse por la solución citada.

Nos hallamos, pues, lejos del puro automatismo de la presunción de legalidad y de la consiguiente imposición de la carga de la prueba sobre el recurrente. La Administración es emplazada por el Tribunal para que explique el proceso argumentativo que le impulsó a la adopción de la decisión y para que aporte los acreditamientos necesarios.

b) *Extensión de las pautas de control.* Se rechaza cualquier intento de restricción. Todos los enfoques que permiten en los restantes casos de discrecionalidad administrativa la revisión jurisdiccional son utilizados también en este campo. Especialmente, el TS se niega a restringir la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo al estudio de la concurrencia o no de desviación de poder. Según la S. de 27 abril 1983, no pueden aceptarse los razonamientos de la apelada «porque parten de la idea central de que la revisión jurisdiccional de una calificación urbanística contenida en un Plan de Ordenación debe limitarse a examinar su legalidad, no estándole permitido modificar la solución elegida por la Administración dentro de un marco de discrecionalidad si no se constata debidamente que ha incurrido en desviación de poder. Es decir, dicha sentencia excluye de la revisión contenciosa la llamada «oportunidad técnica», con la sola excepción del supuesto de desviación de poder; pero tal postura no es de aceptación por esta Sala». Otra S. de 7 febrero 1985 establece esta categórica doctrina general:

«En el planeamiento urbanístico procede distinguir una actividad jurídica o reglada, que viene sometida a normas formales y materiales de obligada observancia y acatamiento, y una actividad de oportunidad técnica o discrecional, en la que se elige, entre varias alternativas, una determinada solución de 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 individualizado, según el criterio técnico de los redactores del Plan, cuya discrecionalidad viene delimitada 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 apoyan, siendo, por tanto, condición esencial del éxito de una pretensión de nulidad del plan o de alguna de sus determinaciones singularizadas la de que se constate la infracción de una norma legal —actividad reglada— o se acredite disconformidad o incongruencia con los hechos determinantes de la decisión, de tal forma que la propuesta por el demandante resulte más acorde con los criterios racionales de técnica y oportunidad que deben gobernar el planeamiento urbanístico —actividad discrecional—.»

Apenas es pensable una mayor extensión de la revisión judicial, pues alcanza no ya a los diversos aspectos de la legalidad, sino también a la corrección o incorrección de las soluciones técnicas. Si es exacta la teoría, ampliamente difundida en Francia (28), de que la discrecionalidad reside en la libertad de la Administración para apreciar la adecuación de los hechos con la solución elegida, habrá que hablar de un próximo fin de la potestad discrecional de la Administración urbanística, al menos desde la perspectiva de las decisiones de ordenación concretas. Siempre que sea posible una crítica sólida y apoyada en un acreditamiento suficiente, el Tribunal podrá sustituir la decisión técnica de la Administración por la que estime más ajustada a una valoración racional de la realidad. Con ello no se produce una usurpación por el Tribunal de potestades de la Administración Pública; por el contrario, dejando de lado toda abdicación de sus funciones, la jurisdicción contencioso-administrativa procurará el restablecimiento del Derecho, pues «la Constitución —y la nuestra no es excepción en este punto— ha optado formalmente por atribuir al juez la decisión última en todo litigio entre la Administración y los ciudadanos y de decidirlo en toda su integridad. Entre el criterio de la Administración y el de los jueces, la Constitución ha optado formalmente por este último, cualesquiera que puedan ser sus

(28) Por ejemplo, J. KAHN, en el libro colectivo *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, 1977, págs. 10 y 11: «el poder es discrecional si la apreciación de los hechos no es controlada por el juez; deja de serlo si el juez ejerce ese tipo de control».

inconvenientes» (29). Dentro de esta tendencia de examen total y absoluto de la decisión urbanística de la Administración se han utilizado todos los medios de control de la discrecionalidad administrativa. En muchas ocasiones, el TS se ha mostrado dispuesto a estimar el recurso y corregir la solución adoptada por la Administración, siempre que se le demuestre que ésta incurre en alguna de las infracciones siguientes:

a') *Contradicción con los fines de la potestad de ordenación urbana.* Así, la S. de 4 mayo 1982 acoge una doctrina general que ha sido luego muy repetida por resoluciones posteriores:

«El principio de vigencia indefinida que proclama el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Suelo no puede interpretarse en el sentido inmovilista de perpetuar el planeamiento urbanístico, sino como garantía de su estabilidad y permanencia, que no impide a la Administración ejercitar las potestades que le conceden los artículos 46 y siguientes del mismo Texto cuando nuevos criterios de ordenación o nuevas necesidades urbanísticas hagan oportuna y adecuada la actualización del planeamiento anterior mediante su revisión o modificación, lo cual debe estimarse legalmente realizado mientras no se demuestre de manera cumplida y concluyente que la variación no se corresponde con alguno de los fines y funciones en atención a los cuales se atribuye a la Administración las competencias de planeamiento y urbanísticas que señala, con carácter enunciativo, el artículo 3 del repetido Texto, y entre ellos el de procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad.»

b') *Vulneración de los principios generales del Derecho* (30). Ante las continuas quejas de los recurrentes de que la ordenación aprobada es contraria a la *igualdad*, el TS suele oponer una respuesta estereotipada: «el Ordenamiento urbanístico ha procurado crear técnicas correctoras y compensadoras para corregir los tratos desiguales, sustituyendo en último extremo las privaciones singulares producidas por la planificación con equivalentes económicos» (S. de 15 julio 1982).

Pero en ocasiones profundiza el análisis de la corrección de la resolución impugnada desde el punto de vista del principio de igualdad. En S. de 13 marzo 1985 se dijo que «el principio de igualdad no puede reputarse infringido, por cuanto resulta acreditado en autos, y así lo demuestra la documentación gráfica aportada a los mismos, que existe

(29) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Discrecionalidad y jurisdicción revisora*, «REDA», núm. 2, 1974, pág. 287.

(30) Vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*, en el núm. 38 de esta REVISTA, 1962, págs. 159-205, y *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, en el núm. 40 de esta REVISTA, 1963, págs. 190-222.

una circunstancia diferenciadora muy visible que distingue a los terrenos debatidos de los que han sido calificados de diversa forma, cual es la notoria distancia, separación y aislamiento en que se encuentran, frente a los restantes que, en su día, formaron parte de una misma operación urbanizadora, y que aparecen agrupados en un conjunto orgánico ya realizado y efectivo». Esta misma actitud de confrontación de la ordenación urbanística con el principio de igualdad se encuentra en la S. de 20 marzo 1985: «tampoco cabe estimar la invocación del principio de igualdad, pues la realidad de que otros terrenos fueron más favorablemente calificados en la aprobación provisional de como lo habían sido en la inicial no es base suficiente, por sí misma, para concluir en que otros (y entre ellos el que es objeto del litigio) no pudieran empeorarla, máxime cuando ni hay base para establecer una identidad de circunstancias de hecho, ni una correlación entre uno y otro hecho, y tampoco que este caso fuese el único en que se modificó una calificación con efecto desfavorable».

No parece que, en todo caso, la apreciación de una solución desigual para supuestos idénticos deba conducir a una anulación de la previsión urbanística que pesa sobre el desfavorecido. «Por la sencilla razón —dice una S. de 15 julio 1982— de que en esta empresa siempre existe un *aleas* que indefectiblemente revierte de forma desigual entre sus afectados.» Los términos de la sentencia son, sin duda, demasiado categóricos, pero aducen una justificación de la desigualdad en el plano de la planificación urbanística que estará casi siempre presente. Ahora bien, la combinación del criterio de la igualdad con otros —como, por ejemplo, el de racionalidad de la ordenación— podrá dar lugar, en especial para previsiones de zonas limitadas, a la invalidación de la decisión administrativa. Esto es lo que ha acontecido con la S. de 27 abril 1983, que luego examinaremos.

Por otra parte, es claro para la jurisprudencia que la clasificación y calificación del suelo y fijación de sus intensidades han de tener en cuenta el principio de *proporcionalidad*. No estarían justificadas si impusiesen sacrificios excesivos a los intereses privados y no justificados suficientemente por la necesaria prevalencia del interés general. En esta línea, la S. de 16 junio 1982 dijo que «lo único que podría justificar la estimación de la pretensión anulatoria de la actora es que la Sala llegara a la convicción de que, en este caso concreto, esto es, en la calificación urbanística de la zona en controversia, la Administración haya adoptado una solución lesiva para los intereses del particular o particulares, en forma totalmente desproporcionada con los beneficios que de ello iban a obtener los intereses públicos».

La misma orientación en otra de 15 julio 1982 que alude a la necesidad de justificación suficiente de que el sacrificio viene impuesto por los intereses públicos. Insiste en esta perspectiva la S. de 9 abril 1984. En estos fallos hay un cierto eco de la teoría del balance coste-ventajas (31), que podría convertirse en un medio inestimable de revisión en

(31) Teoría que ha sido calificada como nuevo principio general por N. NITSCH,

esta materia si, al propio tiempo, el TS impusiese a la Administración la justificación *ab initio* de la determinación del Plan que es objeto de reclamación o recurso. El balance que mostrase la Administración debería ser ponderado por el Tribunal a la vista de las argumentaciones y pruebas que aportase el recurrente.

Algo parecido a esto viene realizando ya el TS a la luz de la *interdicción de la arbitrariedad administrativa* (32). Así, ha reconocido la sujeción de la Administración urbanística a la *naturaleza de las cosas* (33) en la S. de 13 junio 1984; luego hemos de volver sobre el contenido de esta resolución judicial. Pronto se advierte que esta pauta de control puede alcanzar indudable trascendencia para poner coto a la invención desmesurada del planificador o a su falta de atención a la vocación de zonas y terrenos concretos. El suelo con especial valor agronómico, los espacios que por sus características geológicas o biológicas, o por su situación merecen indudable protección, los barrios históricos, pero también suelos urbanos consolidados, son circunstancias que restringen por sí solas la discrecionalidad planificadora. La potestad de ordenación ha de estar atenta a estas realidades para escoger la reglamentación que la propia «naturaleza de las cosas» impone.

Otra manifestación de la interdicción de la arbitrariedad administrativa que el TS acoge con gran frecuencia, y que le permite el grado máximo de control de la discrecionalidad «técnica» de los acuerdos sobre planeamiento urbanístico, consiste en la exigencia de *racionalidad*. Según las SS. de 1 febrero, 6 julio, 7 y 13 diciembre 1982, y 8 marzo, 3 y 10 mayo 1983, sería inválido en esta materia «un actuar contrario a las más elementales reglas de la racionalidad y del buen sentido». La prueba de la improcedencia racional o técnica de las determinaciones recurridas daría lugar a su anulación (S. de 25 enero 1983). Otra de 28 de abril de ese mismo año exige que la Administración pondere «todas las circunstancias concurrentes y las previsibles necesidades de futuro nacidas de la evolución del tránsito en relación con el aumento de la población y demás características de la zona», de manera que «la decisión administrativa ha de presentarse como racional (realizable, adecuada, etc.)».

Por contrarias a las exigencias de la racionalidad y de acuerdo con la regla establecida en el artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se decreta la invalidez de las *determinaciones imposibles*. A respecto, la S. de 9 abril 1984 afirma que

«dentro de la técnica revisora de los Planes —arts. 46, 47 y concordantes de la Ley del Suelo— la Administración urbanística puede introducir alteraciones de toda clase en la clasificación del suelo, equipamientos, etc., por ser

Les principes généraux de droit à l'épreuve du droit public économique, «RDSP», 1981, pág. 1565.

(32) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, en el núm. 30 de esta REVISTA, 1959, págs. 131-165.

(33) Sobre esta naturaleza de las cosas es imprescindible la lectura de L. RECASSENS SICHES, *op. cit.*, págs. 193-308.

o afectar a elementos esenciales del Plan general y ser claro que en el momento de la elaboración de la norma (el Plan tiene tal carácter impropio) la Administración ha de ponderar todas las circunstancias concurrentes, sin que frente a la resolución adoptada (que ha de presentarse como racional) pueda prevalecer el criterio del particular afectado, puesto que ello exigiría demostrar que lo propuesto por la Administración es de imposible realización o manifiestamente desproporcionado, o que, en su caso, infringe un precepto legal —argto. SS. de 17 septiembre 1982, 15 febrero, 26 marzo y 26 abril 1983, etc.—».

En el mismo sentido, otra de 25 abril 1983.

c') *Defectuosa apreciación o valoración de los hechos determinantes.* Esta técnica de control enlaza, en su aplicación a las determinaciones del planeamiento urbano, más con la imposición de respeto a la naturaleza de las cosas y a los imperativos de la racionalidad que con la idea de la clasificación jurídica de los hechos (34). Pues no se trata tanto de juzgar sobre la existencia de los hechos y su posible inserción en la proposición hipotética de la norma como de valorar llanamente si los datos fácticos avalan o pugnan con la solución por la que ha optado la Administración. Se trata aquí ya decididamente de un examen de la procedencia o improcedencia técnica del planeamiento urbanístico. Buena y ciertamente extrema expresión de esta doctrina es la S. de 27 abril 1983 —ya citada y a la que hemos de retornar después para conocer en concreto el alcance de la determinación urbana que anula—, que no duda en colocar a un mismo nivel el juicio sobre si la calificación urbanística de unos terrenos «es la legal y técnicamente procedente». El juicio jurídico y el juicio técnico aparecen así misión propia del Tribunal contencioso-administrativo. La sentencia dijo literalmente: «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, y tal doctrina ha sido aplicada a la materia urbanística por las sentencias que se dejan más arriba citadas al establecerse en ellas que las determinaciones y calificaciones que se adopten en el ejercicio de la facultad administrativa de planeamiento y ordenación urbana deben mantenerse mientras no se acredite la concurrencia de desviación de poder o la improcedencia normativa o técnica de las mismas». Valga insistir en esta última advertencia del TS: la prescripción del planea-

(34) En esencia, me parecen fundadas las precisiones que sobre los hechos como presupuesto de la actuación discrecional recoge A. MOZO SEGOANE, *op. cit.*, págs. 462 a 509, y muy esclarecedora su precisión de los tres «grados»: existencia, apreciación y valoración.

miento deberá ser invalidada por el Tribunal cuando un examen amplio de la realidad o de los hechos determinantes demuestre su improcedencia no ya normativa, sino técnica. Apenas es concebible una posibilidad de mayor exigencia judicial frente a la Administración titular de la potestad de planificación urbana. Máximo control judicial —ya se dijo— plenamente justificado por la propia opción de la Ley de Leyes: es el Tribunal quien tiene la última palabra.

d') *El interés público*. La Sala Cuarta del TS no ha llegado, ni en ésta ni en otras materias, al extremo de configurar el interés público como un concepto jurídico indeterminado que cierra definitivamente toda posibilidad de libérrimo juicio a la Administración. Como es bien sabido, en la doctrina se ha mantenido una viva polémica sobre el significado final del interés público en su relación con la potestad discrecional y las posibilidades de su examen por la jurisdicción contencioso-administrativa. Para unos (35), «la esencia de toda actividad administrativa la constituye la apreciación singular del interés público realizada unas veces conforme a los criterios marcados explícitamente por la legislación y otras en base a criterios políticos, pero dentro de los límites que el Derecho marca a toda decisión administrativa, uno de los cuales, el más importante, consiste en el cumplimiento del interés público»; «de ahí deriva la plena justificación del control judicial en esta materia. El juez administrativo cumple aquí la función de examinar con criterios jurídicos la aplicación de las normas y de los conceptos que la integran. No juzga con criterios políticos si la noción de interés público que la Ley refleja es o no es adecuada; lo que juzga es si la argumentación jurídica en que la Administración se funda para aplicar la noción de interés público es o no correcta». Se critica esta ampliación de la inmiscusión judicial en las decisiones discrecionales de la Administración desde la precisión de que «el interés público no es una técnica de control, sino justamente una noción a través de la cual confluyen y a cuyo servicio están las específicas técnicas fiscalizadoras del poder discrecional de la Administración»; «ahora bien, es un error de concepción y un enfoque perturbador deducir de esta constatación que se puede sustituir (por un Tribunal de Justicia) una decisión administrativa discrecional simplemente alegando una “mejor” o “más adecuada” apreciación del interés público» (36).

Aquella tesis del máximo alcance de la potestad jurisdiccional encontró eco explícito en varias sentencias de la Sala Tercera de la década pasada, no confirmada después al menos con el mismo entusiasmo y ro-

(35) F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, 1976; en especial, págs. 313-332.

(36) Así, A. MOZO SEOANE, *op. cit.*, págs. 412-413. Con todo, este autor admite la plena revisión judicial de los acuerdos sobre clasificaciones y calificaciones urbanísticas, expresamente en la nota 65 de las págs. 500-501. Por el contrario, parece deducirse una postura contraria de las páginas que el prólogo de esa obra, debido a A. GALLEGO ANABITARTE (en especial, págs. 21-27), dedica a la «función ejecutiva» como actividad libre, creadora y discrecional.

tundidad. En cambio, la Sala Cuarta ha preferido acudir a otras técnicas de control (como las diversas expresiones de la interdicción de la arbitrariedad), sin olvidar, no obstante, la referencia obligada de toda decisión administrativa al interés público. Es, pues, frecuente en sus resoluciones sobre planeamiento urbanístico leer que la libertad otorgada a la Administración para ordenar el suelo —que es uno de «los principios básicos del moderno Derecho Urbanístico»— «nunca podrá justificar una actuación arbitraria o irracional», pues «la discrecionalidad, por el contrario, sólo faculta a la Administración para disponer de un cierto margen de libertad en la elección de objetivos, como medio para satisfacer mejor el interés público, que es, en verdad, el que sirve de cauce legitimador en su actuación» (S. de 4 mayo 1983).

4.4. *Las sentencias estimatorias.*

Junto al examen de la doctrina general que trasluce de las sentencias del Tribunal Supremo, tiene un interés de primer orden contrastar su alcance con las decisiones concretas en que el recurso contra la reforma del Plan ha sido estimado. Las sentencias estimatorias no son ciertamente muy numerosas, pero al menos forman ya un grupo suficientemente nutrido que permite asegurar la inexistencia de graves discrepancias entre lo que el Tribunal Supremo afirma con énfasis doctrinal y la *ratio decidendi* de sus resoluciones (37). Veamos, pues, las sentencias que, en los últimos años, han anulado reformas del planeamiento urbanístico por razones distintas a las puramente formales o a la infracción de una concreta norma positiva.

a) *SS. de 28 octubre 1981; 31 mayo, 15 noviembre y 26 diciembre 1983; 6 y 22 febrero 1984, y 3 junio 1985.* Esta serie de sentencias tienen una característica común: todas anulan previsiones del nuevo planeamiento por incurrir en error de hecho. El Plan ha dado por existente un uso actual que no es el verdadero. Pero más allá de la constatación

(37) Un cómputo, todo lo ajustado que permite el *Repertorio Aranzadi* de jurisprudencia, relativo a los recursos de apelación sobre el Plan Metropolitano de Barcelona arroja estas cifras. En 1982, sobre un total de 50 sentencias, sólo una alteró la calificación urbanística para imponer respeto a la anterior; otra anula la previsión referente a una manzana y condena a la Administración a establecer una nueva zonificación. Durante 1983 se dictan 52 sentencias acerca del mismo Plan: dos aprecian errores de hecho, pero mantienen la misma calificación urbanística al decidir el cambio de «equipamiento existente» a «equipamiento previsto»; otra invalida la zonificación asignada a unos terrenos por causa de error material y declara la subsistencia de las antiguas determinaciones; en fin, una cuarta anula la apreciación técnica de la Administración y atribuye a los terrenos una calificación urbanística distinta. El año 1984 produjo 19 sentencias, de las que dos dejan sin efecto errores de hecho, otra corrige el error material y mantiene la antigua ordenación y otra más invalida la calificación otorgada a unos terrenos y remite la cuestión a la Administración para que introduzca las nuevas determinaciones que estime adecuadas. Por último, hasta junio, el año 1985 nos ofrece 12 sentencias desestimatorias y una que se limita a subsanar un error de hecho, pero con mantenimiento de la misma calificación urbanística.

del error y de la anulación de la apreciación equivocada, la reacción del TS ha tomado caminos distintos:

— Se conforma, en algún caso, con la mera invalidación. La S. de 6 febrero 1984 dijo: «la pretensión formulada en este proceso por la entidad recurrente, contra la calificación de sus fincas, sitas en Paseo de Gracia, 107, y Córcega, 306, como de 7.^a y 6.^a, debe ser acogida, demostrada como está su anterior calificación urbanística en el Plan Comarcal de 1953, como “zona de ensanche intensivo, con preponderancia de uso comercial”, así como las circunstancias de que el edificio levantado en el primero de dichos inmuebles no constituye un equipamiento comunitario actual, ni el jardín existente en el segundo cumple la finalidad de parque o jardín público actual, ya que las calificaciones 6.^a y 7.^a exigen (arts. 202 y 212 de las normas urbanísticas) que se trate de parques y jardines urbanos actuales de hecho y derecho, o sea, que ya lo fueran según la anterior legalidad urbanística, y en el caso de los equipamientos que existan con anterioridad o estén en ejecución o con licencia, siendo obvio, por tanto, que en este caso la Administración, al efectuar dichas calificaciones, incurre en error material, por lo que deben ser anuladas».

— Otras sentencias prefieren, además de anular la calificación errónea, remitir expresamente la cuestión a la Administración a fin de que establezca las determinaciones que sustituyan a las invalidadas. Esta posición está representada por la S. de 28 octubre 1981, que rectifica la calificación de unos terrenos como «equipamientos comunitarios y dotaciones existentes», sin perjuicio de que la Administración «proceda a hacer nueva calificación urbanística de dicho inmueble, rectificando para ello en lo que fuera necesario el referido Plan de ordenación».

— Las SS. de 31 mayo y 26 diciembre 1983 y 3 junio 1985, una vez constatada la inexistencia del equipamiento comunitario que el nuevo Plan tiene como ya realizado, se limitan a cambiar la calificación de dotación existente por la de dotación proyectada. Pero ambos fallos judiciales rehúsan declarar el derecho adquirido por el recurrente a la subsistencia del destino actual de los terrenos. No procede

«acceder, sin base legal, a lo pretendido por el actor, y que no es otro caso que atribuir a la finca la calificación 13-*b*, por ser la que correspondería conforme al Ordenamiento anterior, mientras que lo procedente es declarar el error padecido, pero sin mayor alcance que el que se desprende de la rectificación amparada en la norma citada, sustitución de la letra *a* por la *b*, pues aunque de las Normas Generales del Plan no se desprende diferencia de régimen o trato legal, sí puede darse (puede haber diferencia de *status*) en el momento en que hayan de resolverse los problemas indemnizatorios o de justo precio, que sin duda se presentarán en las siguientes fases de desarrollo o gestión del Plan o de sus ordenamientos aplicativos».

— En fin, las SS. de 15 noviembre 1983 y 21 febrero 1984 se inclinan por aplicar la regla de que la reforma del Plan debe ser expresamente justificada, por lo que, salvado el error, optan por el mantenimiento de la calificación urbanística precedente. «Es manifiesto, por consiguiente, la falsedad del dato fáctico en que se basa la calificación asignada, por lo que debe ser declarada nula, con arreglo a la lógica interna del propio Plan, lo cual conduce a la conclusión de que, anulada la misma, ha de entenderse que la anterior calificación que tenía atribuida debe recobrar todo su valor y vigencia, hasta tanto que no se produzca un nuevo acto de recalificación que, por supuesto, queda dentro de las facultades discrecionales de la Administración, siempre que se cumplan los requisitos procedimentales y las previsiones indemnizatorias que para tales casos reconozcan los preceptivos vigentes.»

Más trascendencia que las sentencias hasta ahora comentadas tienen las que abordan decididamente el juicio sobre la idoneidad técnica de las determinaciones aprobadas por la reforma del planeamiento.

b) *S. de 3 junio 1982.* En esta ocasión, y según ya nos consta, la Sala Cuarta del TS declara que el estado de avanzada ejecución del Plan Parcial determina a favor de los propietarios el derecho adquirido al mantenimiento del mismo. También hemos hecho mención a la S. de 25 abril 1983, que mantuvo, para el mismo Plan Parcial, precisamente lo contrario y estimó no probada la equivocación técnica de las nuevas previsiones urbanísticas.

c) *SS. de 28 octubre 1982 y 24 febrero 1984.* El nuevo Plan asigna a una manzana del ensanche una doble calificación urbanística; en parte, como «zona de densificación urbana intensiva» y, en otra, como «zona de renovación urbana en transformación de uso, con destino a equipamientos comunitarios y dotaciones». La prueba pericial pone de manifiesto que «esa doble calificación afecta a fincas enclavadas en la manzana que se encuentran ya edificadas, lo que evidencia un error material urbanístico que, bien se origine en el propio Plan, bien surja en el trazado de los planos a través de los cuales aquél gráficamente se materialice por error de copia o corrimiento de línea, en todo caso precisa ser corregido, ya que su mantenimiento conduciría al absurdo». Así, la S. de 28 octubre 1982; añade que esa «total y absoluta discordancia con la realidad fáctica» es reputada por el dictamen pericial como «inconveniente y desacertada, entre otros motivos, porque no sería apta para acoger los equipamientos comunitarios y dotaciones a la que está destinada», por lo que ordena «que por el órgano administrativo competente se rectifiquen los planos otorgando a la manzana de ensanche delimitada por las calles Córcega, Sicilia, Rosellón y Nápoles la zonificación y usos urbanísticos únicos que, según las previsiones del Plan General Metropolitano, resulten procedentes». La S. de 24 febrero 1984 corrobora, para la misma manzana, idéntica solución.

d) *S. de 27 abril 1983.* El nuevo Plan califica a un palacete con jardín, en parte, como equipamiento colectivo en atención al edificio y,

en parte, como verde público en relación con el jardín existente. La Sala de la Audiencia Territorial desestima el recurso por sostener que la discrecionalidad técnica sólo admite el control judicial en el supuesto de desviación de poder. El TS, luego de repudiar esta restricción de la potestad judicial, entra de lleno en la ponderación de la oportunidad técnica de la decisión del planificador y, por estimarla improcedente, la anula y sustituye por la calificación de «zona de verde privado protegido». El razonamiento de la sentencia dice así:

«Que en aplicación de la expuesta idea del control de la oportunidad técnica a la calificación asignada por el Plan Metropolitano a la finca de autos, debe partirse de que son hechos acreditados parcialmente y no discutidos por la Administración demandada que dicha finca consiste en un palacete con jardín situado en el centro de la población que constituye un conjunto unitario de notable relieve estético, digno de conservación, y que resulta inexplicable desde el punto de vista urbanístico el destruir esa unidad mediante la atribución de las dos distintas calificaciones de equipamiento comunitario y zona verde pública, aplicadas una al jardín y otra al edificio, que resulten incompatibles con esa unidad y con el interés público de su conservación, máxime si el propio Plan dentro de la misma población asigna la calificación de “zona de verde privado protegido” a dos fincas de análogas características, una de ellas de extraordinaria similitud y otra de inferior interés, que permite su permanencia en sus anteriores condiciones urbanísticas, conculcándose así el principio de igualdad y exteriorizándose con ello un diferente criterio de calificación que el recurrente imputa a error y que la Corporación demandada no rebate con argumentos específicos de tipo alguno.»

Posiblemente ésta sea la sentencia en que con mayor rigor se ha examinado la conformidad con la racionalidad urbanística y con el principio de igualdad de una concreta decisión de calificación de terrenos por un nuevo Plan General de Ordenación.

e) *S. de 31 junio 1984.* Esta interesante resolución judicial declara el derecho al mantenimiento de la antigua ordenación siempre que así lo imponga «la propia naturaleza de las cosas». El Ayuntamiento había denegado la licencia de uso como oficinas para el piso bajo de un edificio, por resultar contrario a la nueva Ordenanza, que había en este sentido reformado la permisión de la precedente bajo cuya vigencia había sido construido el edificio. Ante ello, el Tribunal Supremo dijo que

«ocurre que también el derecho adquirido al uso puede tener origen en la propia naturaleza de las cosas, cuando

la nueva Ordenanza no se reduce a limitar algunos de los usos de que es susceptible el local, sino que prohíbe toda posibilidad de uso del mismo al negarle el único del que es virtualmente susceptible y para el cual fue construido, y esto es lo que ocurre en el caso debatido, en el que el piso bajo de autos fue edificado para oficinas bajo una Ordenanza que permitía este destino, y la privación de este uso por la Ordenanza de 1974 vacía de contenido económico su propiedad al no ser utilizable para vivienda y ser muy remota la posibilidad de conseguir que se adquiera por algún vecino de la casa como despacho profesional anejo, únicos destinos autorizados en dicha Ordenanza, y tales circunstancias, unidas a que el Ayuntamiento concedió licencia provisional con percepción de los derechos correspondientes por importe de 128.700 pesetas y a la existencia en los locales adyacentes de oficinas en funcionamiento, cuyas licencias no se acreditan hayan sido concedidas antes de la entrada en vigor de la Ordenanza de 1974, amén de la buena fe del comprador y arrendatario del local, que invirtieron en el mismo importantes cantidades en la creencia, justificada por las circunstancias objetivas concurrentes en dicho local y piso bajo y confirmada por el Ayuntamiento al conceder la mencionada licencia provisional, de que el uso de oficina era lícito, conducente a la conclusión de que la aplicación de la repetida Ordenanza de 1974 infringe el principio de irretroactividad y el respeto debido a los derechos adquiridos, en cuanto, más que una limitación de uso, conlleva una privación total del mismo».

Aparte de la significación de este fallo, es de observar que el amplio control judicial sobre normativa urbanística va a ejercerse en este caso en vía de recurso indirecto contra unas ordenanzas (38). La naturaleza

(38) La naturaleza, al menos en parte, normativa de los Planes de ordenación urbana ha sido señalada por la jurisprudencia en SS. de 7 marzo 1979, 23 febrero y 28 septiembre 1981, 14 y 27 mayo 1982, 19 septiembre 1983, 19 junio 1984 y 29 abril 1985. No es infrecuente la advertencia de que la Administración tiene el deber de inaplicar las determinaciones de la ordenación ilegal; la S. de 25 septiembre 1985 dijo: «malamente se podrá rechazar el Anteproyecto en controversia por exceso de viviendas, cuando el mismo se calcula sobre lo indicado en esa Memoria del Estudio de Detalle, sin tener en cuenta que el Plan General de Vitoria permite construir en la Unidad Residencial "Batán" seiscientas, y no cuatrocientas ochenta, y en la citada parcela "J", ciento veinte, que son las proyectadas por la Cooperativa demandante, y no noventa y seis, como en base a tal repetido Estudio de Detalle sostiene el Ayuntamiento, lo que implica una subversión de los niveles de la Planificación alterando el natural orden jerárquico expuesto en el artículo 6 de la vigente Ley del Suelo de 9 de abril de 1976». Además, es posible el recurso indirecto contra el Plan de Ordenación Urbana, según aclara el grupo de sentencias antes citado. La excepción de acto firme y consentido en relación con Planes urbanísticos ha sido sólo muy minoritariamente aceptada; por ejemplo, en SS. de 22 y 27 febrero 1978.

de las cosas es criterio que aparece últimamente con bastante frecuencia como piedra de toque de la legitimidad de las decisiones urbanísticas. Así, la S. de 20 febrero 1984 desestima el recurso de la Corporación Metropolitana de Barcelona contra acto del MOPU que había reformado, al aceptar un recurso de alzada, parcialmente el Plan General Metropolitano alterando la calificación de parque forestal por la de área extractiva a favor de unas explotaciones mineras ya existentes. El juicio favorable a la decisión del recurso de alzada encuentra fundamentos, efectivamente, en la naturaleza de las cosas, en la relación directa existente entre las condiciones o naturaleza física de los terrenos y la finalidad que a los mismos debe asignarse por el planeamiento. Lo que apoyó el informe de la Administración sectorial y refuerza un sopesamiento de los intereses privados en presencia (la explotación minera fue la razón de la adquisición de los terrenos por la entidad propietaria) en relación con el fin perseguido por la Administración urbanística (suficiencia del resto de la zona calificada como parque forestal).

4.5. *Conclusión.*

La experiencia acumulada, que hace, a esta altura de los tiempos, imposible cualquier justificación de la falta de rigor de la ordenación aprobada; la creciente suficiencia de medios personales e instrumentales que tiene hoy a su disposición la Administración urbanística; la ausencia generalizada de urgencia, superada ya la fase en que se legitimaba todo sacrificio en aras de la solución del «problema de la vivienda»; la minoración trascendente del déficit de equipamientos comunitarios y, en general, la finalización del paso desde el «urbanismo heredado» al «nuevo urbanismo», son todas circunstancias que deben impulsar a la jurisprudencia administrativa a proseguir en esa vía de imposición de máximas exigencias a las decisiones de la planificación urbana. La profundización del control de la potestad de planeamiento urbanístico parece que debe seguir estas vías:

— Más allá de la simple presencia formal de la documentación exigida por la LS y el RP, el Tribunal debe decretar la invalidez cuando los estudios justificativos de las ventajas e inconvenientes de las distintas alternativas sean un simple simulacro. Pero, además, debe exigirse en todo momento que la Administración se sitúe en la mejor posición posible para realizar el juicio valorativo que entraña la decisión planificadora. Será inválido todo planeamiento que haya sido aprobado sin que la Administración haya realizado ese serio esfuerzo.

— Ante las reclamaciones contra determinaciones concretas, la Administración deberá motivar singular y suficientemente la bondad de su decisión. Todo intento de justificación general que suponga una evasión del problema planteado por el ciudadano deberá funcionar como presunción de arbitrariedad. La Administración debe estar preparada, en todo tiempo, para ofrecer expresivas justificaciones de cuantas so-

luciones conforman el Plan de Ordenación Urbana. Hay, pues, que huir de una aplicación puramente mecánica de la presunción de legalidad de las decisiones administrativas.

— Debe reafirmarse el pleno poder del Tribunal administrativo para juzgar incluso las determinaciones que respondan a la pura discrecionalidad técnica, tal y como apunta ya una jurisprudencia cada día más extendida (39). Al servicio del pleno control judicial pueden utilizarse todas las técnicas hasta ahora anunciadas por la jurisprudencia (principios generales del Derecho, apreciación de hechos determinantes, congruencia con el fin de la propia potestad urbanística, interdicción de la arbitrariedad, naturaleza de las cosas, posibilidad de la solución adoptada, interés público, etc.). Falta acaso una actitud más activa del Tribunal a la búsqueda del acierto o desacierto de la Administración, y falta también una vigorización de la desviación de poder, no sólo por la evidente necesidad, de entonces y de ahora, de imponer que se prescinda de inconfesables motivaciones de amiguismo o enemistad políticas, de espúreas animaciones económicas, etc., sino por una razón nueva y de indudable trascendencia: ahora los Ayuntamientos y Comunidades Autónomas pueden sentir la tentación de asumir competencias ajenas, utilizando para ello la planificación urbana. Dado el carácter vinculante del Plan para todas las Administraciones Públicas, el órgano competente para aprobarlo puede incluir determinaciones que imposibiliten el ejercicio de competencias sectoriales ajenas.

Julio TOLEDO JÁUDENES

(39) Cfr. el comentario de E. COCA VITA, *También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales*, en esta REVISTA, 1985, págs. 205-214.

