

# EL CARÁCTER DINÁMICO DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA.

Almudena Fernández Carballal

*SUMARIO: Preliminar. 1. El denominado “ius variandi” de la Administración urbanística. 2. El interés general como justificación de dicha potestad: A) El conflicto intereses generales-intereses particulares; B) Las directrices legales que pautan su ejercicio. 3. Su manifestación en la modificación y revisión del planeamiento. 4. El control jurisdiccional del “ius variandi”. 5. Conclusión.*

## PRELIMINAR

De nuevo sobre este sector material, disciplina jurídica especial, nucleada, sin lugar a dudas, por el Derecho Administrativo en la búsqueda de soluciones de equilibrio entre los intereses generales - anclaje constitucional de todo el quehacer de la Administración Pública- y los intereses particulares o privados de acuerdo con el principio de menor intervención en las actuaciones restrictivas del derecho de propiedad<sup>1</sup>.

Si la estabilidad da satisfacción a la idea de seguridad jurídica, el cambio es el vehículo para realizar la del progreso; conjugación de ideas que realmente lo que encubre es, por un lado, el problema de los intereses del particular y, por otro, lo que la política urbanística considera como un valor superior, los intereses generales o, dicho en términos más clásicos, el interés común.

No era mi intención, de forma sincera aquí lo expreso y, en especial, al profesor Tomás Ramón Fernández, encubrir un sentimiento de rivalidad deportiva cuando en el Anuario 2001 escribía algunas notas sobre una posible recalificación urbanística de la actual Ciudad Deportiva del Real Madrid, Club de Fútbol. Por esta razón, esta vez, sin apreciacionse subjetivas ni actuaciones ejemplares, me limitaré a justificar el carácter dinámico connatural a la planificación urbanística, o lo que es lo mismo, el carácter dinámico de la estructura jurídica urbana.

## 1. EL DENOMINADO “IUS VARIANDI” DE LA ADMINISTRACIÓN URBANÍSTICA.

Siendo la planificación *normación y ordenación*, lo que significa que aun partiendo de una situación presente la misma se proyecta hacia el futuro previendo las

---

<sup>1</sup> Cfr. FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: *El urbanismo finalista. A propósito del principio de menor restricción en el derecho de propiedad*, Ed. Civitas, Madrid, 2002 (en prensa).

demandas que puedan plantearse, forzosa e inexcusablemente ha de contar con una potestad pública, con un poder capaz de producir innovaciones en todo aquello que el *interés público* exija.

La articulación del elemento institucional de la función social de la propiedad con el planeamiento urbanístico y el carácter estatutario del contenido del derecho de propiedad, determinan que sea el Plan, junto con sus elementos normativos, los que están llamados a innovar el ordenamiento jurídico-urbanístico<sup>2</sup>.

En clave urbanística, este poder se traduce en el ejercicio de lo que, jurisprudencialmente, se ha venido denominando el “*ius variandi*” -facultad innovadora o revisora de la Administración; derecho o facultad que, en la medida en que ha de venir reconocido por la propia Ley, hoy puede entenderse comprendido en la potestad planificadora que atribuye a la Administración el art. 2.1 LRSV:

*“Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la calificación de los predios”.*

El precepto transcrito no determina el alcance y contenido de dicha potestad, que deberá establecer la legislación urbanística autonómica, pudiendo utilizar para ello el precedente legal contenido en los arts. 47 a 49 TR de 1976 -aplicables con carácter supletorio- o en los arts. 125 a 129 TRLS de 1992; preceptos, estos últimos, que aunque hayan sido derogados por la LRSV, su inconstitucionalidad ha sido declarada por uso incorrecto de la supletoriedad según la STC 61/97, sin perjuicio de la regulación complementaria que, sobre esta facultad, prevén los arts. 154 y siguientes del RP.

La justificación de lo que, en sede jurisprudencial<sup>3</sup>, se ha convertido en un principio general en el ámbito urbanístico, según el cual, “*la potestad administrativa de planeamiento se extiende a la reforma de éste*”, se centra en dos aspectos esenciales: a) la naturaleza normativa de los Planes y; b) la necesidad de adaptarlos a las exigencias cambiantes del *interés público*:

*“La naturaleza normativa de los planes, por un lado, y la necesidad de adaptarlos a las exigencias cambiantes del interés público, por otro, justifican plenamente, el ius variandi que en este ámbito se reconoce a la Administración. (...). Más concretamente [como se deriva del art. 16.2 RP], es claro que los Planes Generales deberán considerar la situación urbanística anteriormente existente, bien para conservarla, bien para rectificarla”.*

No se trata de dos factores independientes que puedan servir para justificar, alternativamente y en función de cada caso, esta potestad de la Administración. Por el contrario, su indiscutible relación, obliga a la integración de ambos aspectos en una única justificación:

*“Es incuestionable que la Administración en el ejercicio de sus facultades de planificación urbanística, tanto en la formulación de los Planes de Ordenación como en su revisión o modificación ostenta la prerrogativa del “ius variandi”..., y esta prerrogativa concede a la Administración una libertad de actuación normativa que desde luego, no puede cubrir una actuación arbitraria o carente de lógica,*

---

2 Cfr. FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: *El régimen jurídico del urbanismo en España. Una perspectiva competencial*, Ed. INAP, Madrid, 2001, pp.33 y ss., y 58 y ss.

3 Vid., por todas, SS.TS 2.X.1990 (Ar. 7830) y 16.VI.1997 (Ar. 5043).

4 Vid. STS 20.I.1992 (Ar.715).

puesto que como bien sabemos tal libertad o facultad discrecional es el instrumento que ha de encauzar del modo más perfecto posible el logro de la *satisfacción del interés general o público*, que en definitiva es elemento legitimador del ejercicio de esa discrecionalidad, y siempre en armonía con los intereses de los particulares de modo que, éstos se vean negativamente en la menor medida de lo posible dentro del este contexto de la *prevalencia del interés general*<sup>5</sup>.

Se entiende así, que el principio de vigencia indefinida de los planes que reconoce la legislación urbanística autonómica y el art. 154.1 del RP no pueda entenderse en un sentido estático o de perpetuar la ordenación, sino como garantía de estabilidad y permanencia<sup>6</sup>. La proclamación de que los Planes tendrán vigencia indefinida “sólo puede entenderse como una declaración de principio, en el sentido de que los Planes no tienen por qué estar sometidos necesariamente a un plazo de vigencia limitado, a una caducidad automática y menos aún que este plazo sea corto o de una duración determinada, ya que nada de esto exige el Ordenamiento jurídico”<sup>7</sup>.

De esta forma, la Administración urbanística competente, en virtud del carácter “dinámico” inherente a la función reglamentaria y planificadora, no sólo podrá, sino que deberá ejercitar esta facultad que la Ley le atribuye, cuando nuevos criterios o nuevas necesidades urbanísticas hagan necesaria o adecuada la modificación del Plan anterior. Y ello con la finalidad de adaptarse a las exigencias cambiantes de la realidad<sup>8</sup>, a sus necesidades e intereses generales<sup>9</sup>.

Cuando el art. 16.2 del RP<sup>10</sup> dispone que los Planes Generales deberán considerar la situación urbanística anterior existente bien para conservarla o bien para rectificarla directamente a través de sus propias determinaciones, no está imponiendo a dichos Planes la conservación de la urbanización existente. Lo que hace dicha norma es facultarles para, una vez considerada la misma, poder rectificarla si ello resulta procedente según el criterio de la Administración planificadora<sup>11</sup> y sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan originarse.

Porque la ordenación urbanística debe tratar de conjugar dos principios fundamentales: por un lado, el de su estabilidad y seguridad jurídica y, por otro, el de su modificación, revisión o incluso nuevo planeamiento<sup>12</sup>, aquellos preceptos de leyes autonómicas que consagren el principio de vigencia indefinida de los Planes de Ordenación deberán ser interpretados en el sentido siguiente:

5 Vid., por todas, STS 15.VI.1998 (Ar. 5433).

6 Cfr., entre otros, MEILÁN GIL, J.L.: “La dimensión temporal de la ordenación urbanística”, *RDU*, Nº145, 1995, p.30; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J.L.: “Revisión de Planes y proyectos urbanísticos”, *Temas de Urbanismo*, San Sebastián, 1973, pp.11 y ss.; ROCA Y ROCA: “La recuperación de las facultades dominicales en el artículo 56 de la Ley del Suelo”, *REVL*, Nº 151, 1967, pp. 1 y ss.

7 Vid. STS 30.IX.1996 (Ar. 6102).

8 Vid. SS.TS 24.II.1981 (Ar. 5299); 5.I.1984 (Ar. 2620); 24.II.1984 (Ar. 2620); 23.V.1989 (Ar. 3983); 6.II.1990 (Ar. 943); 3.IV.1990 (Ar. 3579); 23.X.1991 (Ar. 8380); 7.XI.1991 (Ar. 8380); 2.I.1992 (Ar.2237); 5.II.1992 (Ar. 2299); 7.IV.1992 (Ar. 3401); 14.IV.1992 (Ar. 3422). 15.IV.1992 (Ar. 4049).

9 Vid., en este sentido, SS.TS 6.II.1990 (Ar. 943); 13.IV.1990 (Ar. 3579); 14.IV.1992 (Ar. 3422); 8.V.1992 (Ar. 4145); 22.XII.1992 (Ar. 10411).

10 Vid. STS 3.VII.1991 (Ar.5734).

11 Cfr. PERALES MADUEÑO, F.: “El derecho de propiedad y los derechos adquiridos ante la alteración de los Planes Parciales y Especiales”, *RDU*, Nº91, 1985, pp. 18 y 19: “... no sólo son motivos objetivos los que pueden determinar la necesidad de readaptar los Planes. A través del Plan se expresan *los criterios de la Administración*...”.

12 Vid SS.TS 9.XII.1981 (Ar. 5378) y 19.V.1982 (Ar. 3987). Cfr. ARGULLOL MURGADAS, E.: *Estudios de Derecho Urbanístico*, Ed. IEAL, Madrid, 1984, p. 197.

“... no puede significar un cierre a las demandas de futuro, propiciadas por los avances demográficos, o por las mayores exigencias en materia de comunicaciones, espacios libres, viario, etc. por lo que es preciso *compatibilizar* aquella indefinida vigencia con las posibilidades de Revisión del Plan en cuanto que esta revisión es el replanteamiento global y sustancial del Plan en su conjunto, o de Modificación, en cuanto ésta significa una mera alteración de elementos concretos del aquél<sup>13</sup>”.

Una cosa es la necesidad de permanencia de los Planes que impone nuestro Ordenamiento jurídico urbanístico -legislación urbanística aplicable y RP, en este caso- y otra muy distinta es que ello conlleve “posiciones y situaciones inmovilistas que mantengan la inmutabilidad “ad infinitum” de la ordenación<sup>14</sup>”. Si así fuese, se incurriría en una clara contradicción con los requerimientos derivados de las distintas concepciones culturales, sociales, jurídicas, económicas, ideológicas, políticas, etc.. llamadas a manifestarse ante nuevas necesidades y conveniencias, a las que la normativa urbanística ha de dar un adecuado cauce y desarrollo<sup>15</sup>.

Una concepción totalmente estática del urbanismo en vez de dinámica y respetuosa con las futuras necesidades y conveniencias podría llevar a la negación del mismo, perpetuando ordenaciones obsoletas, erróneas o incluso perjudiciales para el interés público y privado.

## **2. EL INTERÉS GENERAL COMO JUSTIFICACIÓN DE DICHA POTESTAD.**

### **A) El conflicto intereses generales - intereses particulares.**

Justificada la potestad de “*ius variandi*” que tiene la Administración en el marco normativo vigente, el problema esencial que se deriva de la materialización de esta facultad en el planeamiento es el relativo a la situación de los propietarios ante una modificación de éste.

El Derecho administrativo aspira siempre a la armonización de las exigencias del interés público con la garantía del administrado, con la premisa básica, en este concreto sector material de que la ordenación establecida de conformidad con el interés público prevalente delimita el contenido normal del derecho de propiedad urbanística<sup>16</sup>.

Una de las consecuencias que se derivan de la concepción estatutaria de la propiedad urbanística radica en que el contenido de los derechos del propietario o facultades propias del dominio, en cuanto creación del Ordenamiento urbanístico, será el que concrete y especifique la ordenación urbanística vigente en cada lugar y en cada momento.

La finalidad esencial del planeamiento urbanístico consiste en delimitar el contenido del derecho de propiedad (art. 2.1 LRSV)<sup>17</sup>. Ahora bien, el contenido concreto de

---

13 Vid., por todas, STS 2.X.1990 (Ar. 7830).

14 *Ibidem*. En este sentido ya se había expresado GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA: *Teoría y práctica del planeamiento urbanístico*, Ed. ENAP, Madrid, 1969, p. 151.

15 Cfr., en este sentido, MARTÍN MATEO, R.: “Propiedad urbana y planificación”, *RDU*, N°15, 1969, p. 20.

16 Vid., por todas, SS.TS 22.I.1996 (Ar. 208) y 15.VI.1998 (Ar. 5433).

17 Vid. SS.TS 24.III.1992 (Ar. 3386) y 12.VII.1994 (Ar. 5538).

cada parcela no queda definido de una vez y para siempre, sino que está sujeto al “ius variandi” propio del planeamiento, derivado de la necesidad de su adecuación a las cambiantes exigencias sociales<sup>18</sup>.

Así, las determinaciones urbanísticas de un concreto planeamiento no dan lugar al nacimiento de derechos adquiridos de los propietarios de terrenos afectados por el mismo. De acuerdo con la citada concepción, no puede, por lo tanto, considerarse legal una pretensión dirigida a que el régimen de un determinado suelo quede congelado “in eternum”, porque así convenga a los intereses de unos u otros particulares<sup>19</sup>.

Los derechos de los propietarios no pueden constituir un “obstáculo insalvable” o “impeditivo”<sup>20</sup> para llevar a cabo el ejercicio de dicha potestad, incluso, cuando de ello resulte un trato desigual<sup>21</sup>, que será aceptable, en tanto no suponga discriminación<sup>22</sup>, e indemnizable, cuando concurren los supuestos legales, en la fase posterior de ejecución del planeamiento<sup>23</sup>.

El Ordenamiento jurídico urbanístico no reconoce un derecho del propietario al mantenimiento de una situación precedente, sin perjuicio de que, en determinados casos, las facultades discrecionales que caracterizan la potestad innovadora de la Administración<sup>24</sup> puedan ser objeto, no ya sólo de su revisión jurisdiccional mediante el control de los hechos determinantes y su enjuiciamiento a la luz de los principios generales del Derecho<sup>25</sup>, sino de la correspondiente indemnización en los términos recogidos en el Título V de la LRSV; supuestos indemnizatorios que el TS ha calificado como “tope” a las facultades revisorias de la Administración<sup>26</sup>.

Los intereses generales son el “norte que orienta la actividad administrativa urbanística”<sup>27</sup>. Su ejercicio no puede quedar vinculado por ordenaciones anteriores. Podrá establecer nuevas previsiones sobre clasificación y uso de los terrenos<sup>28</sup>, en contemplación de los *intereses generales*, teniendo en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad y seguridad jurídica y, por consiguiente, sin concesiones al error o a la desviación de poder (art. 103.1 CE)<sup>29</sup>.

Así, en el caso de conflicto entre los propietarios del suelo y el “ius variandi” del planificador, prevalecerá, aún en el supuesto de que exista un convenio urbanístico suscrito entre la Administración y los particulares<sup>30</sup>, la potestad discrecional de este último y la legitimidad de su ejercicio, siempre que con la misma no se incurra en arbitrariedad<sup>31</sup>.

18 Vid. STS 23.IX.1988 (Ar. 7250). Cfr. 4.V.1990 (Ar. 3799).

19 Vid. STS 5.XII.1996 (Ar. 9202). Cfr. STS 20.V.1992 (Ar. 4286).

20 Vid. STS 22.I.1996 (Ar. 208). Cfr., en el mismo sentido, STS 12.V.1987 (Ar.5255); 7.XI.1988 (Ar. 8783); 17.VI.1989 (Ar. 2732); 4.V.1990 (Ar. 3799); 11.II.1991 (Ar. 784); 20.I.1992 (Ar. 715); 18.III.1992 (Ar.3376) y 5.X.1998 (Ar. 7983).

21 Vid. STS 20.V.1992 (Ar. 4286).

22 Vid., por todas, STS 27.II.1998 (Ar. 1545).

23 Vid., por todas, STS 5.X.1998 (Ar. 7983).

24 Vid., por todas, STS 18.III.1998 (Ar. 2236).

25 Vid., por todas, SS.TS 11.III.1997 (Ar. 1870) y 22.XII.1997 (Ar. 9617). Vid. *infra.*, Parte Segunda, Cap. I.IV.4.

26 Vid. STS 5.II.1992 (Ar. 2299).

27 Vid. STS 9.VII.1990 (Ar. 7830).

28 Vid. SS.TS 6.VI.1995 (Ar. 4942) y 16.IV.1997 (Ar. 5043). Cfr. STS 10.VI.1997 (Ar. 5032).

29 Vid. SS.TS 18.III.1998 (Ar. 2236) y 23.XI.1998 (Ar. 9603).

30 EL TS, sin negar que los convenios urbanísticos constituyen “instrumentos de acción concertada que en la práctica pueden asegurar una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general”, ha destacado que “las exigencias del interés público que justifican la potestad de planeamiento urbanístico implican que su ejercicio no

No se trata de una simple moda, la considerada en algún momento y por algunos sectores como la moda de la motivación. Es la motivación, contenida en un primer momento en la Memoria del Plan (art. 38 RP) y, posteriormente, acompañando toda decisión que adopte la Administración planificadora en el ejercicio de sus facultades discrecionales, la que ha de justificar, ante una pluralidad inicial de soluciones alternativas, que la misma no es fruto de la arbitrariedad<sup>32</sup>. La motivación actúa en el planeamiento urbanístico como “garantía esencial frente a la arbitrariedad en las determinaciones del planeamiento<sup>33</sup>”.

En definitiva, el ejercicio de la potestad de la Administración para modificar una determinada ordenación urbanística está condicionada “al realismo derivado del respeto a las circunstancias urbanísticas de los correspondientes suelos<sup>34</sup>”, justificándose, constitucionalmente, dicha potestad cuando, siendo posibles distintas soluciones, todas ellas lícitas y ajustadas a la naturaleza de los hechos, la Administración actuando su discrecionalidad opte siempre por la solución más apropiada y de mayor conveniencia a los intereses generales.

## B. Las directrices legales que pautan su ejercicio.

*“(…) un Plan Urbanístico no puede desconocer los principios que informan la Ley del Suelo que los autoriza y reglamenta<sup>35</sup>”*

---

pueda encontrar límite en los convenios que la Administración concrete con los administrados”: vid. STS 11.III.1997 (Ar. 1870). Cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el Ayuntamiento llegue con los administrados la potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en otro terreno, puedan desencadenar, en su caso, el apartamiento por parte de la Administración o de los administrados de convenios urbanísticos previos o preparatorios o de un cambio de planeamiento”; vid. SS.TS 21.IX.1991 (Ar. 6818); 18.III.1992 (Ar. 3376); 23.VI.1994 (Ar. 5339); 11.III.1997 (Ar. 1870).

31 Vid. SS.TS 2.X.1990 (7830); 6.XI.1997 (Ar. 8003) y 27.II.1998 (Ar. 1545).

32 Vid. STS 18.XII.1997 (Ar. 284): las motivaciones de los actos han de reflejar la objetividad y razonabilidad que debe predicarse de toda actuación administrativa”. Cfr., asimismo, STS 20.I.1998 (Ar. 1418). Cfr., por todos, DELGADO BARRIO, J.: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa en el planeamiento urbanístico”, *op.cit.*, p. 318: quien, antes de apuntar el singular reconocimiento social de la importancia de la Memoria a raíz del nombre dado a una plaza de un barrio madrileño -”Plaza de la Memoria Vinculante”, declara que el art. 38 RP “señala que la memoria es la motivación del planeamiento urbanístico y forma parte de éste. No es algo que pueda faltar o que pueda no faltar, sino que es algo que necesariamente debe ir dentro del plan urbanístico, pues la memoria, dice el artículo 38 del Reglamento, analizará las distintas alternativas posibles y justificará el modelo territorial elegido”. Es decir, a la hora de hacer un plan *fy lo mismo, ha de entenderse a la hora de su revisión y, aunque, con menos intensidad, de su modificación*] se puede optar por muy distintos modelos de municipio; cabe elegir un modelo industrial, un modelo agricultor, un modelo turístico. Después, a la hora de señalar el suelo urbanizable al norte, al sur, al este o al oeste, caben también muy distintas posibilidades. Pues bien, la memoria debe examinar una por una todas esas posibilidades y cuando elija la que elija, justificará el modelo territorial elegido. Es decir, deberá decir porque un modelo y por qué no los otros modelos”. Y concluye, este autor, “no existe en nuestro Derecho, que yo sepa, una exigencia de motivación tan intensa como la que nuestro Ordenamiento jurídico ha previsto para el planeamiento urbanístico”.

33 Vid. STS 23.VI.1997 (Ar. 5364). Cfr. 21.I.1997 (Ar. 1865): la Memoria, como documento integrante del Plan (art. 95.I RP) “es ante todo la motivación del Plan, o sea, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y por consecuencia, las determinaciones del planeamiento. La Memoria, es pues, una exigencia insoslayable de la Ley, pues ésta la que atribuye al Plan una naturaleza normativa, y dado la profunda discrecionalidad del planeamiento, producto normativo emanado de la Administración y que pese a ello está habilitado para regular el contenido del derecho de la propiedad -art. 33.2 CE- explica la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad. *De su contenido, ha de fluir la motivación de las determinaciones del planeamiento, como de las modificaciones que puedan producirse*” (la cursiva es de la autora). Cfr. STS 18.III.1998 (Ar. 2236): en la que se exige en el ejercicio del “ius variandi” la “motivación en la toma de sus decisiones”.

34 Vid. STS 13.V.1988 (Ar. 3755).

35 Vid. STS 7.XII.1989 (Ar. 9115).

Este límite al ejercicio de la potestad innovadora o “ius variandi” que asiste a la Administración urbanística puede acotarse por un conjunto de principios o directrices legales que la misma habrá de respetar tanto en los supuestos de nueva formulación de un Plan como en los de simple modificación o en el de su revisión<sup>36</sup>.

Aún siendo la potestad de planeamiento esencialmente discrecional<sup>37</sup>, la actividad potestativa de la Administración para alterar, modificar, revisar o formular “ex novo” un Plan debe estar suficientemente justificada y apoyada en datos objetivos para impedir que su ejercicio atente a los límites racionales y naturales de las facultades discrecionales y se conviertan éstas en fuente de decisiones que no resulten justificadas<sup>38</sup>.

**a) Los principios contenidos en el art. 103.1 de la CE. En especial, el principio de legalidad.**

El “ius variandi” que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo -materia en la que, como pudo concluirse, actúa discrecionalmente pero no arbitrariamente- ha de actuarse siempre con observancia de los principios contenidos en el art. 103.1 CE y con la finalidad de lograr la mejor ordenación urbana posible<sup>39</sup>.

Es, precisamente, el principio de legalidad, junto con la reserva de Ley que, en esta materia, resultan de los arts. 33.2 y 53.1 de la CE, los que determinan, de forma imperativa, que sea la Ley, bien estatal bien autonómica, de acuerdo con el orden constitucional de competencias, la que establezca los criterios generales del sistema de la propiedad urbana<sup>40</sup>.

La Administración urbanística debe ajustarse a tales criterios, que se concretan en los estándares urbanísticos<sup>41</sup>, en los límites que forman parte del contenido del derecho de propiedad urbanística<sup>42</sup>, y en otras determinaciones previstas en la legislación urbanística, tales como las reglas de atribución de competencias<sup>43</sup> y la necesidad de observar el procedimiento legalmente establecido<sup>44</sup>.

36 Vid., en este sentido, SS.TS 30.X.1991 (Ar. 9172); 30.XI.1992 (Ar. 9002); 16.II.1993 (Ar. 536); 23.II.1993 (Ar. 543); 22.II.1994 (Ar. 1461); 6.IV.1994 (Ar.2805); 19.VII.1994 (Ar. 5546); 7.XII.1994 (Ar. 9823); 25.II.1995 (Ar. 1083); 28.II.1995 (Ar.1083); 10.IV.1995 (Ar. 3021); 15.XI.1995 (Ar. 8333); 22.I.1996 (Ar. 208); 27.II.1997 (Ar. 1297); 11.III.1997 (Ar. 1870).

37 Vid., por todas, STS 18.III.1998 (Ar. 2236).

38 Vid., por todas, SS.TS 6.VI.1990 (Ar. 4806) y 23.XI.1998 (Ar. 9603).

39 Vid., por todas, SS.TS 19.VII.1994 (Ar. 6382); 11.XII.1997 (Ar. 9464); 18.III.1998 (Ar. 2236); 19.V.1998 (Ar. 3855).

40 Vid., por todas, STC 61/1997, de 20 de marzo [FJ 17,c)].

41 Forman parte de estos estándares urbanísticos las denominadas legalmente “normas de aplicación directa”. Previstas actualmente con carácter general en el RP, estas “normas sustantivas de ordenación urbanística” [vid. STS 13.X.1997 (Ar. 7330)] constituyen auténticas limitaciones de “obligatoriedad prevalente” tal y como señala el art. 98.3 RP [vid., por todas, STS 30.XI.1985 (Ar. 6311)], con independencia de que exista o no planeamiento, que en caso de existir, no excluyen la aplicación de las concretas determinaciones contenidas en el mismo, salvo que éstas se opongan a lo dispuesto en dichas normas. Ahora bien, serán los distintos legisladores autonómicos los que deberán concretarlas o remitirse al citado Reglamento para una adecuada ordenación urbanística del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma. Conforme al RP, pueden señalarse las que afectan a las siguientes materias: a) Las construcciones próximas a las carreteras (art. 98.1 RP) [vid., por todas, STS 5.VII.1979 (Ar. 3051)]; b) La adaptación de las construcciones al ambiente (art. 98.2 RP) [vid., por todas, SS.TS 31.III.1989 (Ar. 2444); 13.X.1997 (Ar. 7330)]; c) La armonización con el conjunto histórico-artístico, arqueológico, típico o tradicional (art. 98.2,A) [vid., por todas, STS 30.IV.1990 (Ar. 3627)]; d) Las construcciones en lugares de paisaje abierto o natural (art. 98.2,B) [vid., por todas, STS 1.III.1989 (Ar. 2229)]; e) La limitación de alturas (art. 99 RP) [vid., por todas, STS 9.II.1990 (Ar. 962)]; f) La limitación de densidades (art. 47 y 100 RP)[vid., por todas, STS 10.VII.1991 (Ar. 5748)].

42 Vid. STC 61/1997, de 20 de marzo [FJ 17,a)]. Cfr., por todas, STS 24.III.1980 (Ar. 2237).

Una actuación administrativa incurrirá en desviación de poder cuando, como resultado del ejercicio de su “ius variandi”, su decisión se aparte del *fin* concreto que la normativa del caso le designa<sup>45</sup>. Cuando el acto de la Administración “esté inspirado en fin distinto o en consideración a designio diferente del que se deriva de dicha normativa<sup>46</sup>”: la mejor ordenación de la ciudad<sup>47</sup>.

Ahora bien, para apreciar este vicio de legalidad (art. 70.2, párr.2º LJCA) no resulta suficiente “meras presunciones o interpretaciones subjetivas del acto administrativo o de las ocultas intenciones que supuestamente la determinan<sup>48</sup>”. Incluso la jurisprudencia más reciente ha venido admitiendo la inexistencia de desviación de poder si el acto o disposición de la Administración tiene el contenido y finalidad previsto en el Ordenamiento jurídico, aunque en el mismo se observe la eventual concurrencia de otras finalidades distintas a las que el Ordenamiento jurídico le asigna<sup>49</sup>.

En efecto, para que concurra el vicio de desviación de poder constituye un requisito necesario que “el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca pero sin responder en su motivación interna al sentido teológico de la actividad administrativa, orientada a la producción del interés público, y sujeta a ineludibles principios de moralidad, teniendo en cuenta que la Administración, en virtud del *principio de legalidad de la actividad administrativa* goza de la presunción de que ejerce sus potestades con arreglo a derecho y de buena fe<sup>50</sup>”.

Resulta, por ello, imprescindible, que “quien alega que un órgano administrativo se apartó del cauce que está obligado a seguir, demuestra la intencionalidad torcida o desviada del mismo, no siendo suficiente oponer, a la presunción dicha [de legalidad], meras conjeturas o sospechas, sino que habrá de proporcionar los datos necesarios para crear en el Tribunal la convicción moral de que aún cuando la Administración se haya acomodado exteriormente en su actuación a la legalidad formal, sin embargo, el fin perseguido por los actos impugnados, se aparte del interés público<sup>51</sup>”.

Porque el interés público constituye “el punto de mira común”, tanto de la modificación como de la revisión de los Planes, ha ser dicho interés la “pauta” a seguir por la Administración, que deberá, para su correcta satisfacción, anteponerse a cualquier interés privado.

El éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de esta potestad deberá basarse, por lo tanto, en una clara actividad probatoria que acredite claramente que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o ha actuado al margen de los lími-

---

43 Vid., por todas, STS 5.II.1990 (Ar. 940).

44 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “El control jurisdiccional de la legalidad. Planeamiento y la tutela jurisdiccional efectiva”, *RDU*, N° 158, 1997, pp. 11 a 25; TRAYTER GIMÉNEZ, J.M.: *El control del planeamiento urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 414 y ss.

45 Vid., por todas, STS 31.V.1998 (Ar. 2482)

46 Vid. 2.X.1990 (Ar. 7830).

47 Vid. STS 31.I.2001 (Ar. 925).

48 Vid. STS 26.VII.1993 (Ar. 5662).

49 Vid. STS 10.VI.1997 (Ar.5028).

50 Vid. 2.X.1990 (Ar. 7830). Cfr. SS.TS 23.XI.1998 (Ar. 9603) y 1.XII.1998 (Ar. 9708).

51 *Ibidem*. Cfr., en el mismo sentido, SS.TS 18.VI.1966 (Ar. 3227); 23.X.1971 (Ar. 5196); 11.XII.1973 (Ar. 5117); 13.XII.1978 (Ar. 4073); 18.V.1979 (Ar. 1839); 8.V.1981 (Ar. 1880); 20.VI.1983 (Ar.3205); 13.VI.1984 (Ar. 3621); 16.XI.1992 (Ar. 8986); 23.I.1995 (Ar. 315); 21.I.1997 (Ar. 1865); 31.V.1998 (Ar. 2482) y 11.XII.1998 (Ar. 9723). Cfr. MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, S.: “La desviación de poder en el Derecho español”, *RAP*, N°22, 1957, p. 137; CHINCHILLA MARÍN, C.: *La desviación de poder* (2ªed.), Ed. Civitas, Madrid, 1999.

tes racionales de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y seguridad jurídicas, con desviación de poder o con falta de motivación en su toma de decisiones<sup>52</sup>.

**b) Los principios previstos en el art. 9.3 de la CE. En especial, el de interdicción en la arbitrariedad de los poderes públicos, el de estabilidad y seguridad jurídicas.**

El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos aplicado a la potestad innovadora urbanística tiene como finalidad evitar que en su ejercicio se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad, convirtiéndose ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas<sup>53</sup>. Un principio que exige ausencia de arbitrariedad en sus decisiones, de desviación de poder, así como la exigencia de su motivación<sup>54</sup>.

En relación con esta última exigencia, la necesidad esencial de la motivación en el ejercicio de la potestad innovadora de la Administración constituye un medio de control de las decisiones fundamentalmente discrecionales<sup>55</sup>. La exigencia de motivación, como se ha señalado, como garantía esencial frente a la arbitrariedad<sup>56</sup> de las decisiones de la Administración encuentra una doble justificación:

En primer lugar, en los supuestos de aprobación pura y simple de un Plan, la motivación de dicha aprobación no debe contener ninguna “motivación especial”, al venir la misma dada por el contenido mismo del Plan, cuya conformidad técnica y jurídica es la que determina su aprobación definitiva<sup>57</sup>. Resulta lógico y exigible que sea necesaria una “motivación especial” en los supuestos de modificación o revisión del planeamiento, en la que deberán justificarse las razones de interés público en que se basa la Administración para adoptar su decisión.

Y en segundo lugar, si, en un primer momento es en la Memoria - y en los Planos - donde han de exteriorizarse las razones que justifican el modelo territorial elegido por el planificador y las determinaciones del Plan<sup>58</sup>, tanto la revisión de dicho modelo como las modificaciones de alguna de las determinaciones contenidas en el Plan que se introduzcan en el curso del procedimiento para su tramitación, deberán ser, igualmente, motivadas, al no venir justificadas, inicialmente, en la Memoria del Plan<sup>59</sup>.

Por tanto, las modificaciones que la Administración introduzca mediante el ejercicio de su potestad de “ius variandi” no pueden obedecer a criterios puramente arbitrarios, sino que han de justificarse bien por un cambio de las circunstancias o por fac-

52 Vid., por todas, SS.TS 18.III.1998 (Ar. 2236) y 4.V.2001 (Ar. 3696).

53 Vid., en este sentido, una frondosa jurisprudencia derivada, entre otras, de las SS.TS 22.IX.1986 (Ar. 6078); 15.XII.1986 (Ar. 1139); 19.V.1987 (Ar. 6877); 21.XII.1987 (Ar. 9687); 18.VII.1988 (Ar. 5914); 23.I.1989 (Ar. 427); 17.VI.1989 (Ar. 4732); 20.III.1990 (Ar. 2246); 22.XII.1990 (Ar. 101839); 11.II.1991 (Ar. 784); 2.IV.1991 (Ar. 3278); 20.I.1992 (Ar. 7159); 14.IV.1992 (Ar. 4146); 15.III.1993 (Ar. 2523); 21.IX.1993 (Ar. 6623); 28.I.1994 (Ar. 501); 9.II.1994 (Ar. 1443); 18.III.1998 (Ar. 2236).

54 Sobre la importancia y exigencia legal de la Memoria, vid. por todas, una STS 22.I.1997 (Ar. 1865).

55 Vid., por todas, STS 11.VI.1997 (Ar. 5036).

56 Vid. STS 23.VI.1997 (Ar. 5364).

57 Vid. STS 31.X.1991 (Ar.9178). Cfr. STS 11.VI.1997 (Ar. 5036).

58 Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *El urbanismo concertado y la Ley del Suelo*, Cuadernos de Administración Pública 2, Ed. Instituto de Estudios Urbanísticos, Madrid, 1974, p. 46.

59 Vid. SS.TS 7.IV.1992 (Ar. 3402) y 13.II.1992 (Ar. 2828). Cfr. DELGADO BARRIO, J.: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa en el planeamiento urbanístico”, *Urbanismo: función pública y protección de derechos individuales*, Civitas, Madrid, 1998, p. 319.

tores urbanísticos objetivos a los que es necesario adecuarse, bien por necesidades de interés general<sup>60</sup>.

La necesidad de esta justificación y motivación del acto administrativo cumple, así, diferentes funciones<sup>61</sup>.

Desde un punto de vista interno y, ante todo, la motivación viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Como ha declarado el TS, las motivaciones de los actos han de reflejar la objetividad y razonabilidad que debe predicarse de toda actuación administrativa<sup>62</sup>.

Desde un punto de vista formal, “no es sólo una cortesía”, sino que constituye una garantía para el administrado que podrá, si lo considera oportuno, impugnar la decisión administrativa, con la posibilidad de criticar las bases en que se funda.

Desde un punto de vista procesal, la motivación, conforme al art. 106.1 CE, facilita el control jurisdiccional de la Administración, pues podrá desarrollarse sobre la base de la misma, con conocimiento de todos los datos necesarios<sup>63</sup>.

El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad prohíbe que la Administración urbanística, en el ejercicio de su potestad innovadora, incurra en una incoherencia lógica con la realidad de los hechos o en una desviación injustificada con los criterios generales del Plan, es decir, en irracionalidad o arbitrariedad<sup>64</sup>.

### **c) El servicio a los intereses generales.**

El “ius variandi” se ejercerá legítimamente cuando se oriente a la consecución de unos fines de interés general<sup>65</sup>. La discrecionalidad que caracteriza la potestad administrativa de planeamiento -y su alteración- no puede entenderse como un “cheque en blanco” que permita a la Administración todo tipo de intervenciones, sin la menor cortapisa. Por el contrario, tales poderes discrecionales sólo le facultan para disponer de un cierto margen de libertad en la elección de objetivos “*como medio para satisfacer mejor el interés general, que es, en verdad, el que sirve de causa legitimadora a su actuación*”<sup>66</sup>.

La diferente calificación del suelo e intensidad de su aprovechamiento son elementos característicos de todo planeamiento<sup>67</sup>, en función del carácter discrecional de tales determinaciones, siempre conectado con el *interés general* emanado de las circunstancias concurrentes en cada concreta ordenación urbanística y la filosofía inspiradora del planeamiento en perfecta sintonía con las necesidades urbanizadoras municipales<sup>68</sup>.

---

60 Vid. STS 14.IV.1992 (Ar. 3422).

61 Vid. STS 13.II.1992 (Ar. 2828).

62 Vid., por todas, STS 18.XII.1997 (Ar. 284).

63 Cfr., asimismo, STS 2.X.1998 (Ar. 9263): en la que, conforme a la doctrina constitucional (entre otras, SS.TC 149/1991; 109/1992; 175/1992; 122/1994), declara que “el derecho a la motivación se satisface cuando la resolución judicial, de manera explícita o implícita, contiene razones o elementos de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión”.

64 Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?”, *REDA*, N° 83, 1994, pp. 381 y ss.

65 Vid. STS 22.I.1988 (Ar. 334).

66 Vid. STS 13.II.1989 (Ar. 1115). Cfr., en el mismo sentido, STS de 4.V.1983 (Ar. 2884).

67 Vid., por todas, STS 7.XII.1989 (Ar. 9115): el principio de racionalidad impone a la Administración que en la redacción de los Planes de Urbanismo se regule el aprovechamiento del suelo en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad (...). El Plan General, al condicionar el uso y aprovechamiento del suelo a concretas determinaciones, debe fundarse en apreciaciones correctas basadas en un interés de carácter público inherente a la formación del planeamiento.

68 Vid. STS 16.VI.1997 (Ar. 5043).

**d) La función social de la propiedad.**

La función social de la propiedad que consagra el art. 33.2 CE, y que se define, siguiendo la STC 61/1997, de 20 de marzo, como la expresión de los deberes que son inherentes a la propiedad privada y de los límites que forman parte de su contenido<sup>69</sup>, ha de ser respetada y tenida en cuenta en el actuar discrecional de la Administración urbanística<sup>70</sup>.

Constituye límite propio a la facultad innovadora de la Administración “la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial con ausencia, en todo caso, de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de los problemas urbanísticos planteados dentro de una realidad social determinada<sup>71</sup>”.

**e) Conclusión.**

La profunda discrecionalidad que caracteriza el planeamiento, producto normativo emanado de la Administración y habilitado para regular el contenido del derecho de propiedad, en virtud del art. 33.2 CE, determina la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad. De su contenido ha de fluir no sólo la motivación de las determinaciones del planeamiento y, por tanto, la atribución de un concreto régimen jurídico a cada parcela<sup>72</sup>, sino también las modificaciones que sobre el mismo puedan producirse<sup>73</sup>.

La potestad que ostenta la Administración para alterar, modificar, revisar o formular “ex novo” un planeamiento debe estar suficientemente justificada y apoyada en datos objetivos exentos de error y dirigida a la satisfacción del interés general, para evitar que su ejercicio atente a los límites racionales y naturales de las facultades discrecionales.

La prevalencia de los intereses supralocales sobre los intereses locales es lo que justifica, plenamente, el “ius variandi” que compete a la Administración autonómica en el acto de aprobación definitiva de los Planes urbanísticos. Ahora bien, tal legitimación vendrá dada siempre y cuando su ejercicio no incurra en error manifiesto, esté fuera de toda razón urbanística, o no tenga en cuenta y se aleje del interés público y general<sup>74</sup>.

Por qué no añadir un límite ulterior en los supuestos de aprobación definitiva de un Plan de Ordenación por silencio administrativo positivo. Las facultades discrecionales de la Administración no pueden ejercitarse una vez desplegados los efectos del silencio administrativo positivo por el transcurso del correspondiente plazo legal que hayan previsto las Leyes autonómicas para aprobar definitivamente la modificación del Plan<sup>75</sup>. Y ello porque la institución del silencio -reconocida, en materia urbanística, en

69 Vid. STC 61/1997, de 20 de marzo [FJ 17,a)].

70 Vid. STS 18.VII.1993 (Ar. 5578).

71 Vid. STS 6.VI.1995 (Ar.4942).

72 Vid. STS 1.XII.1998 (Ar. 9708).

73 Vid. STS 21.I.1997 (Ar.1865). Cfr. en el mismo sentido, SS.TS 20.XII.1991 (Ar. 314); 16.VI.1997 (Ar. 5043); STSJ Cataluña 1.II.1993.

74 Vid. SS.TS 5.III.1985 (Ar. 1485); 8.IV.1986 (Ar. 2803); 8.V.1986 (Ar. 3057); 7.IV.1992 (Ar. 3401).

75 Vid. STS 17.VI.1992 (Ar.5158): “...mediante la inactividad de la Administración en el plazo legalmente marcado no pueden adquirirse facultades contrarias a la legalidad”.

el art. 133.1 RPU- está fundada, con carácter general, y en su aplicación concreta a los Planes, en la protección al interesado en la obtención de una resolución expresa frente a dilaciones injustificadas de la Administración competente para resolver, sirviendo esta institución de instrumento para vencer la inacción de la Administración e impedir que su pasividad frustre aquellos intereses que la ordenación urbanística vigente haya considerado legítimos<sup>76</sup>.

### **3. SU MANIFESTACIÓN EN LA MODIFICACIÓN Y REVISIÓN DEL PLANEAMIENTO.**

Cuando la Administración aprueba la revisión o la modificación de un planeamiento conforme al procedimiento que haya establecido la legislación urbanística aplicable, se está limitando a ejercitar la potestad innovadora o de “ius variandi” que le corresponde. Como ya se indicó, esta potestad es inherente a la de planificación, en cuanto que la misma ha de adaptarse a las exigencias cambiantes de la realidad, sin por ello suponer una quiebra del principio de vigencia indefinida de los planes.

La modificación de un planeamiento general por la Administración urbanística puede tener una doble causa legitimadora: a) la conveniencia, oportunidad o necesidad de variar un planeamiento o; b) la corrección de defectos o errores producidos en la formulación del Plan, con la finalidad de impedir que los mismos se perpetúen a lo largo de toda la vigencia del mismo y, por consiguiente, en el momento de su ejecución<sup>77</sup>.

Ahora bien, esta facultad innovadora de la Administración, materializada en la ordenación de un Plan Urbanístico, tiene, asimismo, unos límites propios: a) el necesario acatamiento a los estándares urbanísticos previstos en la legislación general sobre ordenación del suelo; b) la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público a cuyo servicio se subordina la ordenación territorial y; c) la ausencia, en todo caso, de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de los problemas urbanísticos planteados dentro de una determinada realidad social.

Dentro de este contorno limitativo, la facultad innovadora o modificativa de planeamientos anteriores, ha de reconocerse a la Administración, tanto en orden a la clasificación como a la calificación del suelo integrado en el territorio objeto de ordenación<sup>78</sup>. Y siempre acompañada de su correspondiente motivación como garantía para evitar la arbitrariedad en la que se puede incurrir en el ejercicio de las facultades discrecionales que marcan su ejercicio; motivación que puede llegar a ser especialmente intensa y relevante, en función de las concretas circunstancias que concurran en el caso enjuiciado.

Por ejemplo, atendiendo a los criterios indicados, cuando la modificación de los planes tenga por objeto un cambio en aspectos que afecten a la colectividad, como puede ser una diferente zonificación de las zonas verdes o espacios libres que el mismo

---

<sup>76</sup> Vid. STS 17.VI.1992 (Ar.5158): “Desde luego, sostener lo contrario, llevará de suyo a la negación de la institución”.

<sup>77</sup> Vid. Dictamen 1369/1993, de 24.II.1994, del Consejo de Estado. Cfr., en el mismo sentido, STS 23.I.1996 (Ar. 214).

<sup>78</sup> Vid., por todas, STS 21.I.1997 (Ar. 1865).

haya previsto, conforme al art. 162 RP, la racionalidad de la actuación y la defensa de los intereses generales que se persigue con la misma exigen una especial justificación<sup>79</sup>.

La revisión de los Planes urbanísticos, al contrario que su modificación, ya no sólo constituye una potestad de los órganos urbanísticos, sino una obligación que compete a la Administración urbanística para responder a las exigencias que el interés público reclama<sup>80</sup>.

Como ha escrito MEILÁN GIL, “la *revisibilidad* -si se permite el neologismo- del Plan no es una circunstancia sobrevenida [al contrario que su modificación], sino un elemento natural del Plan. El Plan -a diferencia de la Ley clásica- intenta disciplinar el futuro, imagina más que reproduce, proyecta más que regula una situación dada. Por eso, duración y revisión del Plan urbanístico son parte de la misma realidad<sup>81</sup>”.

La revisión de un Plan, que puede ser total o parcial, según si afecta a todo el conjunto del suelo inicialmente clasificado o sólo al programado de actuación, tiene por objeto adaptarse a las circunstancias sobrevenidas en función bien del aumento o disminución de la población, los recursos, usos e intensidad de ocupación y demás elementos que justificaron la clasificación del suelo inicialmente adoptada, bien porque se agotaron las previsiones contenidas en el Plan<sup>82</sup>.

De lo se deriva que el “*ius variandi*” de la Administración -y, con esta potestad, la motivación que justifique su ejercicio- se expresa con “mayor energía y rotundidad” en la revisión de los Planes de Ordenación Urbanística que en su modificación. Porque la revisión, en tanto que ha de venir motivada por la elección de un modelo territorial distinto al vigente, comporta la adopción de nuevos criterios respecto a la estructura general y orgánica del territorio o a la clasificación del suelo, pero, en cualquier caso, en armonía con los fines públicos que le asigna el Ordenamiento urbanístico y con la debida motivación<sup>83</sup>.

---

79 Vid. SS.TS 12.IV.1991 (Ar. 3298); 4.X.1993 (Ar. 7342) y 27.XI.1998 (Ar. 9609). En concreto, una STS 23.VI.1998 (Ar. 5862) destacaba la “transcendental importancia de las zonas verdes para un adecuado desarrollo de la vida ciudadana, así como los conocidos peligros que sobre ellas se cierran, lo que ha dado lugar a que las modificaciones del planeamiento que lleguen a afectarlas estén sometidas a un régimen de especial rigor para su mejor protección, hasta el punto de que tales modificaciones se llevan a las más altas cumbres de la Administración, tanto activa como consultiva” (según establecía el art. 5 LS, precepto vigente en la fecha de autos). Sin embargo, como había declarado el TS en otras ocasiones [STS 22.I.1991 (Ar. 577)], dicho art. 5 “no es aplicable cuando se trata de la revisión de un planeamiento anterior, con la adopción de nuevos criterios en relación a la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo como consecuencia de la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas que inciden sustancialmente sobre la ordenación”. Cfr., asimismo, el Dictamen 1335/1993, de 3.II.1994, del Consejo de Estado, sobre la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Gijón: en relación al incremento del volumen edificable en una unidad de actuación con la consiguiente en los espacios calificados como “libres de uso público”, sin que mediase en el expediente justificación suficiente, desde la perspectiva de los intereses públicos, que amparase la modificación proyectada; Dictamen 100/1994, de 4.V.1994, del Consejo de Estado, sobre la modificación de las Normas Subsidiarias de Mérida: se estimaba adecuada la modificación proyectada por cuanto tenía por objeto satisfacer un interés amparable por la Administración como era la construcción de un templo, sin que a ello fuese en contra que la supresión de determinada zona verde no se viese compensada con la creación o ampliación de otra, ya que el concepto de zona verde se determina en atención a la circunstancias concurrentes en cada caso.

80 Vid. STS 7.IV.1992 (Ar. 3401).

81 Cfr. MEILÁN GIL, J.L.: “La dimensión temporal de la ordenación urbanística”, *op.cit.*, pp. 29 y 30.

82 Vid., en este sentido, STSJ Cataluña 19.IX.1995.

83 Vid. 3.X.1990 (Ar. 7840): “La revisión del planeamiento comporta (art. 154 RP) la adopción de nuevos criterios respecto a la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo, motivada por la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas, de carácter demográfico, económico, o por agotamiento de la capacidad del Plan. En la revisión de los planes se expresa con mayor energía el “*ius variandi*” de la Administración, habilitando al planificador para alterar el régimen del suelo, en armonía con los fines públicos que le asigna la LS”. Cfr. en el mismo sentido, SS.TS 22.I.1991 (Ar. 577); 3.III.1992 (Ar. 1774); 23.I.1995 (Ar. 315) y 23.VI.1998 (Ar. 5862).

## 4. EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL “IUS VARIANDI”.

### A. Un instrumento al servicio del interés general.

La consecuencia del reconocimiento legal de la facultad innovadora que ostenta la Administración implica, en primer lugar, que cualquier pretensión que ejercite un propietario tendente al mantenimiento de una determinada situación urbanística anterior<sup>84</sup> está condenada al fracaso, en tanto no se pruebe que el interés público, en cuya virtud se ha actuado, no ha existido o ha mediado, en sentido amplio, ilegalidad en su actuación<sup>85</sup>. El ejercicio de la potestad de “ius variandi” de la Administración ha de responder, consiguientemente, a las exigencias del interés público con el fin de acomodar el mismo a la realidad atendiendo a las exigencias de los hechos determinantes<sup>86</sup>.

Y los hechos son tal y como la realidad los exterioriza, sin que pueda la Administración inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración<sup>87</sup>.

El supuesto más claro en el que se manifiesta esta exigencia es el relativo a la clasificación de un suelo como urbano, cuyo carácter reglado se impone como límite al planificador y, por consiguiente, al ejercicio del “ius variandi” por la Administración urbanística. Esta facultad deberá respetar, en todo caso, la realidad de la existencia de los servicios y elementos de que deben estar dotados los terrenos para poder clasificarlos como tales (acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica), que, además, deberán reunir las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se deba construir<sup>88</sup>.

Por consiguiente, únicamente podrá admitirse aquella pretensión, cuando se pruebe la ilegalidad o arbitrariedad de la actuación de la Administración urbanística en el ejercicio de tan amplia potestad. Y esta necesidad de demostrar en autos la actuación de la Administración constituye una obligación del actor en cumplimiento de la carga procesal de probar los fundamentos de hecho de sus pretensiones (art. 1214 C.c)<sup>89</sup>.

---

84 Por ejemplo, la clasificación urbanística de unos terrenos operada por un Plan anterior “no puede impedir la actuación del “ius variandi”, independientemente de las indemnizaciones que puedan resultar procedentes”: vid. SS.TS 20.I.1992 (Ar.715). Incluso, tratándose de un supuesto de suelo clasificado como urbano, concepto reglado de obligado acatamiento por la Administración: vid. SS.TS 8.V.1992 (Ar. 4145); 22.I.1996 (Ar. 208).

85 Vid. SS.TS 30.X.1991 (Ar. 9172); 7.IV.1992 (Ar.3401); 7.IV.1992 (Ar. 3402); 30.XI.1992 (Ar. 9002); 16.II.1993 (Ar. 536); 23.II.1993 (Ar. 543); 22.II.1994 (Ar. 1461); 6.IV.1994 (Ar. 2805); 19.VII.1994 (Ar. 5546); 10.IV.1995 (Ar. 3021).

86 Vid. STS 13.V.1988 (Ar. 3755); el ejercicio de la potestad de la Administración para modificar una determinada ordenación urbanística queda condicionada la realismo derivado del respeto a las circunstancias físicas de los correspondientes suelos. La potestad administrativa de “ius variandi” se justifica “cuando sean posibles plurales soluciones, todas ellas lícitas y ajustadas a la naturaleza de los hechos...”.

87 Vid., por todas, STS 12.III.1992 (Ar. 1826).

88 Vid., por todas, SS.TS 18.XII.1997 (Ar. 8855); 18.III.1998 (Ar. 2236) y 9.X.1998 (Ar. 7157); 2.X.1998 (Ar. 9263) y 23.XI.1998 (Ar. 9603). Cfr. *supra.*, Parte Primera, Cap. V.III.1.C.a).

89 Vid., por todas, SS.TS 14.IV.1992 (Ar. 8422); 15.IV.1992 (4049) y 23.XI.1998 (Ar. 9603); declarándose, en esta última sentencia que, la prueba corresponde al actor -“semper necesitas probandi incumbit illi qui agit”- en aplicación del principio “onus probandi” sancionado en el artículo 1214. Código Civil y acogido como principio general del derecho en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo mediante la proposición de que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor”.

En ningún caso tendrá éxito una impugnación contra el ejercicio de esta potestad, si no existe la más mínima prueba de que la misma se ha actuado de alguna de las siguientes formas, es decir, cuando no se demuestre de forma convincente que la nueva determinación impuesta por la Administración se ha producido: a) con error manifiesto o difiriendo de toda razón urbanística, esto es, carente de racionalidad; b) sin tener cuenta la función social de la propiedad; c) en contra de la estabilidad y seguridad jurídicas; d) con falta de motivación en la toma de sus decisiones; e) incurriendo en desviación de poder; e) siendo de imposible realización o manifiestamente desproporcionada o; f) infringiendo un precepto legal<sup>90</sup>. En definitiva: sin tener en cuenta el interés público y general al que, en todo caso, ha de servir y donde encuentra su fundamento legal la potestad innovadora que el Ordenamiento urbanístico reconoce a la Administración urbanística.

Los Tribunales no pueden anular resoluciones administrativas basándose simplemente en que las mismas carecen del acierto y de la oportunidad deseables en todos los actos administrativos, precisamente, porque aquéllas han de estar dirigidas a la satisfacción del interés público<sup>91</sup>.

## B. Contenido y alcance del control jurisdiccional.

### a) Contenido.

La posibilidad de una revisión jurisdiccional de las potestades discrecionales de la Administración “no debe ser utilizada para suplir la inactividad o la debida diligencia procesales de las partes litigantes<sup>92</sup>”. Por el contrario, en la medida en que lo que no puede hacer la jurisdicción es erigirse en legislador o invadir el ámbito normativo de la Administración, sin más<sup>93</sup>, dicho control ha de reducirse a la “mera fiscalización de la legalidad<sup>94</sup>”.

Las posibilidades de “ius variandi”, tal y como ha sido configurada y de discrecionalidad técnica que la legislación urbanística asigne al planificador urbano deberán de calificarse como un derecho y facultad no enteramente enjuiciables jurisdiccionalmente.

En sede jurisdiccional, únicamente puede examinarse la existencia de una vulneración a lo legal y reglamentariamente dispuesto, una desviación de poder o una arbitrariedad o irracionalidad de la solución propuesta por el Plan, ya que en lo demás goza aquél de una total libertad para, atendiendo a la exigencias del interés público, elegir la forma en que ha de quedar ordenado el territorio<sup>95</sup>.

De lo que se deriva que el único límite a la potestad innovadora de la Administración en materia de planificación urbanística, viene determinado por la con-

---

90 En los términos ya estudiados en el epígrafe b) anterior, al que se añaden las siguientes referencias jurisprudenciales: SS.TS 9.VII.1990 (Ar. 7830); 30.X.1991 (Ar. 9172); 3.III.1992 (Ar. 1774); 7.IV.1992 (Ar. 3401); 20.V.1992 (Ar. 4286); 30.XI.1992 (Ar. 9002); 16.II.1993 (Ar. 536); 23.II.1993 (Ar. 543); 4.X.1993 (Ar. 1083); 22.II.1994 (Ar. 1461); 6.IV.1994 (Ar. 2805); 19.VII.1994 (Ar.5546); 25.II.1995 (Ar.1083); 28.II.1995 (Ar. 7342); 10.IV.1995 (Ar. 3021); 15.XI.1995 (Ar. 8333).

91 Vid. STS 20.IV.1983 (Ar. 5279). Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “El procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general”, *RAP*, N°40, 1963, pp. 13 y 14.

92 Vid. STS 14.IV.1992 (Ar. 8422).

93 Vid. SS.TS 7.XII.1989 (Ar.9115) y STS 20.X.1997 (Ar.7501).

94 Vid. STS 2.X.1990 (Ar. 7830).

95 Vid. SS.TS 26.III.1992 (Ar. 3358); 25.IX.1997 (Ar.7317); 22.XII.1997 (Ar. 9617).

gruencia que deberá resultar de las soluciones concretas elegidas, con las directrices generales trazadas por el Plan, además de su respeto a los estándares legales previstos en el mismo y su adecuación a los datos objetivos en que se apoyan<sup>96</sup>. Las decisiones planificadoras han de ser, siempre y en todo caso, proporcionales, coherentes y racionales<sup>97</sup>. De lo contrario implicarían una arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, absolutamente vetada por nuestro Ordenamiento jurídico<sup>98</sup>.

La aplicación de esta exigencia al “ius variandi” de la Administración urbanística determina que dicha potestad sólo quedará “desnaturalizada” cuando no aparezca justificada, no se dirija a la satisfacción del interés general, esté apoyado en datos objetivos exentos de error o incurra en desviación de poder<sup>99</sup>; vicio teleológico, éste último, para cuya apreciación constituye un elemento destacado “la convicción del juzgador que la adquiere por la producción de hechos y circunstancias que rodean el acto de la Administración al que se le supone enmarcado en esa desviación<sup>100</sup>”.

### **b) Alcance.**

Como ha quedado señalado, el carácter discrecional que caracteriza la potestad innovadora de la Administración no excluye la posibilidad de una revisión jurisdiccional (artl. 106.1 CE)<sup>101</sup>. Ahora bien, no es función de los Tribunales juzgar el acierto o desacierto de las soluciones urbanísticas que la Administración haya elegido en el ejercicio de sus poderes discrecionales, ni anular o sustituir tal elección, siempre y cuando la decisión de la Administración no encubra una desviación de poder o resulte arbitrariamente desconectada de la realidad objetiva acreditada o sea inadecuada al fin perseguido<sup>102</sup>.

En estos casos, el que se ha venido denominando por un sector doctrinal “activismo judicial<sup>103</sup>”, puede ejercitarse a través de dos vías, cuyo concreto alcance tuvo la ocasión de abordar a propósito de la proyección del principio de racionalidad en la asignación de usos al suelo<sup>104</sup>:

96 Vid. SS.TS 27.II.1987 (Ar. 3378); 3.III.1992 (Ar. 1774); 20.V.1992 (Ar. 4286).

97 Cfr. DESDENTADO DAROCA, E.: “Una nota sobre la utilización por los jueces británicos de las técnicas jurídicas de control de la actuación administrativa /el caso Wheeler versus Leicester City Council”, *REDA*, N° 82, 1994, p.273.

98 Vid., por todas, SS.TS 20.V.1992 (Ar. 4286) y 13.II.1996 (Ar. 967); 27.II.1998 (Ar. 1545). Resulta sugerente, en este sentido, el estudio realizado por el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA antes de promulgarse la Constitución: cfr. “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *RAP*, N° 30, 1959.

99 Vid. SS.TS 3.IV.1991 (Ar. 3579); 9.VII.1991 (Ar. 5742); 30.X.1991 (Ar. 9178); 10.III.1992 (Ar. 3262).

100 Vid., por todas, STS 21.I.1997 (Ar. 1865).

101 Vid. SS.TS 17.VI.1989 (Ar. 4732); 22.XII.1990 (Ar. 10183); 2.IV.1991 (Ar. 3278); 14.IV.1992 (Ar. 4038); 11.III.1997 (Ar. 1870) y 23.XI.1998 (Ar. 9603).

102 Vid, por todas, SS.TS 20.V.1992 (Ar. 4286) y 10.XI.1998 (Ar. 8456): declarándose en esta última que “la discrecionalidad de que viene revestidas determinadas decisiones de la Administración en el orden urbanístico no habilita a concluir que las decisiones gozan de naturaleza discrecional son, sin más, ajustadas a derecho. Tales decisiones pueden ser impugnadas y habrán de ser revocadas cuando incurran en error, arbitrariedad, desviación de poder o, conculquen los principios generales del derecho”.

103 Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R y NIETO, A.: *El Derecho y el revés*, Ed. Ariel, Barcelona, 1998, pp. 180 y 181. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 150 y ss.

104 Cfr. FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: “Calificación urbanística y racionalidad...”, *Anuario 2001*, p.1007.

1ª. A través de los hechos determinantes. La existencia y características de los mismos escapan de toda apreciación discrecional: “los hechos son tal y como la realidad los exterioriza y no le es dado a la Administración desfigurarlos o incluso inventarlos, aunque tenía facultades discrecionales para su valoración<sup>105</sup>”.

Así, en primer lugar, la revisión jurisdiccional se dirigirá a la verificación de la realidad de tales hechos valorando si la decisión planificadora guarda coherencia lógica con aquéllos<sup>106</sup>, de manera que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia entre la solución elegida con la realidad, o una desviación injustificada de los criterios generales del Plan, tal decisión resultará viciada por infringir ya no sólo el Ordenamiento jurídico, sino, más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Este principio al que somete nuestra Constitución la actuación de todos los poderes públicos (art. 9.3 CE) aspira, en definitiva “a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta, en fuente de decisiones que no resulten justificadas<sup>107</sup>”.

2ª. A través de los que, jurisprudencialmente se han venido y se vienen denominando “principios generales del Derecho”, hoy en día auténticos mandatos normativos elevados incluso a rango constitucional. Tales principios, al informar, conforme al art. 1.4 C.c., todo el Ordenamiento jurídico, informan también la norma habilitante que atribuye dicha potestad discrecional, ya que la Administración está sometida, como impone el art. 103.1 CE, no sólo a la Ley sino también al Derecho<sup>108</sup>. Aunque a los mismos ya se ha hecho referencia, cabe recordar que son, concretamente, el de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, el de proporcionalidad y el de igualdad los que el TS ha venido configurando como principios generales del derecho a los que deberá ajustarse la potestad innovadora de la Administración.

Un inmediato control jurisdiccional de la facultad innovadora de la Administración podrá producirse, por lo tanto, a través del análisis de los hechos determinantes alegados y probados por la parte recurrente afectada por la actuación innovadora de la Administración y a la luz de los principios generales del Derecho<sup>109</sup>. Sin olvidar (art. 9.3 CE), que el principio de seguridad jurídica también se proyecta en esta materia, exigiendo una efectiva consolidación de la confianza de los ciudadanos en que sus reclamaciones o pretensiones han de ser resueltas sin discriminaciones no justificadas<sup>110</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN.

La potestad de “ius variandi” de la Administración no se fundamenta en criterios subjetivos ni puede ser ejercitada en cualquier momento. Se trata de un remedio esta-

105 Vid. STS 21.I.1997 (Ar. 1865).

106 Vid., por todas, STS 15.VI.1998 (Ar. 5433).

107 Vid., por todas, SS.TS 21.I.1997 (Ar. 1865) y 23.XI.1998 (Ar. 9603).

108 Vid., por todas, STS 27.V.1998 (Ar. 4374). Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “Arbitrariedad y discrecionalidad”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. García de Enterría*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 2305.

109 Vid., entre otras, SS.TS 2.IV.1991 (Ar. 3278); 27.III.1991 (Ar. 2226); 15.IV.1992 (Ar. 4049); 12.V.1992 (Ar. 4146); 15.III.1993 (Ar. 2523); 9.II.1994 (Ar. 1443); 21.I.1997 (Ar. 1865); 11.III.1997 (Ar. 1870) y 23.XI.1998 (Ar. 9603).

110 Vid. STS 11.III.1997 (Ar. 1870). Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El principio general de buena fe en el Derecho administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 47 y ss.

blecido por el Ordenamiento urbanístico para que la Administración, objetivando alteraciones reales, realice las modificaciones o cambios que impongan las nuevas necesidades urbanísticas creadas por la dinámica social en el transcurso del tiempo.

Entre los principios operativos a través de los cuales se actualiza dicha potestad, se encuentra el del interés general. Este principio, en el que, constitucionalmente, se ancla todo el quehacer de las Administraciones Públicas en su misión de servir con objetividad los intereses generales (art. 103 CE), justifica tanto el ejercicio de la potestad innovadora de la Administración en el ámbito urbanístico como el correlativo sacrificio que muchas veces se impone no sólo a simples expectativas, sino también a titularidades dominicales<sup>111</sup>.

La potestad planificadora de la Administración puede afectar, indudablemente, al derecho de los propietarios del suelo afectado, en cuyo caso las discriminaciones que puedan alegarse como consecuencia de dicha potestad deben concretarse y ser probadas para que surja su posible contenido indemnizatorio<sup>112</sup>.

Sucede que la facultad de alterar el planeamiento urbanístico, ínsita en aquélla potestad, no sólo tiene perfecta cobertura constitucional (arts. 33 y 45 CE) sino que, además, resulta amparada por nuestra legislación urbanística básica (art. 2 LRSV); potestad que es inherente a la función reglamentaria -y planificadora- propia de la Administración y cuyo dinamismo se justifica desde la doble perspectiva temporal y espacial consustancial a toda ordenación urbanística.

Esta concepción dinámica de la estructura jurídica urbana es la que impide hablar de derechos adquiridos. De lo que, fácilmente, se colige que si frente al Plan no existen derechos adquiridos, frente a la actuación del “ius variandi” que compete a la Administración, los derechos de los propietarios no pueden ser un obstáculo que impida su ejercicio.

En definitiva, no podrá interpretarse el “ius variandi” de la Administración como generador de inseguridad jurídica para el administrado, siempre que esta potestad administrativa se ajuste a la Ley y sin perjuicio de que pueda ocasionar un sacrificio de determinados intereses privados en aras del interés general, cuya justificada acreditación podrá determinar su correspondiente compensación indemnizatoria.

El ejercicio del “ius variandi” nunca podrá suponer una subordinación de los intereses generales a los de un interés privado o particular, pues ello sería contrario a la principal finalidad de la actividad administrativa que proclaman los arts. 103.1 y 106.1 CE, que no es otra que servir con objetividad los intereses generales.

---

111 Y se apoya además esta potestad en el principio de presunción de legalidad de la actividad administrativa que resulta del principio de interés general: vid., por todas, STS 21.I.1997 (Ar. 1865).

112 Vid. STS 21.I.1997 (Ar. 1865).