

**InDret**  
REVISTA PARA EL  
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

# Normas de conducta y normas de control

Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial

**José María Rodríguez de Santiago**

Facultad de Derecho  
Universidad Autónoma de Madrid

BARCELONA, ENERO DE 2015

### **Abstract**

*El presente trabajo pretende, en primer lugar, integrar el tipo de discrecionalidad planificadora en una teoría general de la discrecionalidad administrativa. Se plantea, a continuación, la distinción entre norma de conducta (dirigida a la Administración) y norma de control (judicial), como binomio conceptual útil desde la perspectiva de una metodología específicamente jurídico-administrativa que tenga en cuenta la consideración casi obvia de que, en el ámbito del Derecho administrativo, es la Administración quien en primer lugar aplica la norma decidiendo y solo después controla el juez examinando la decisión de aquella; y se formula una propuesta de normas de control en función del tipo de discrecionalidad atribuido por la norma de conducta reguladora de las decisiones administrativas sobre planeamiento. Por último, se realiza un estudio jurisprudencial sobre la evolución de la norma de control efectivamente utilizada por los órganos judiciales para examinar las decisiones de la Administración dotadas de discrecionalidad planificadora y se propone la formulación de un específico control de ponderación como el más adecuado para la revisión judicial de dichas decisiones administrativas.*

*The first goal of this paper is to embed the type of discretion enjoyed by the Administration under goal-setting rules ("planning discretion") within a broader theory of administrative discretion. The paper then draws a distinction between decision-making standards (which are addressed to the administration) and standards of review (which are addressed to the judiciary). From the perspective of administrative law methodology, the utility of this conceptual divide lies in the obvious yet important observation that it is the Administration that decides and applies the rule in the first place and that it is only at a later stage that the judiciary reviews that decision. The paper puts forward a proposal as to the standard of review that matches the different types of discretion that the administration may enjoy when planning. Finally, the paper carries out a case law study on the evolution of the standards of review that the judiciary actually uses when reviewing administrative decisions taken under planning discretion, making the claim that there is a particular type of balancing review that is apposite to this type of decisions.*

**Title:** Decision-Making Standards and Standards of Review: A Methodological Study on Planning Administrative Discretion, Balancing and Judicial Review

**Palabras clave:** discrecionalidad administrativa, ponderación, planeamiento urbanístico, control judicial, normas de conducta, normas de control

**Keywords:** administrative discretion, balancing, urban planning, judicial review, decision-making standard, standard of review

## *Sumario*

1. Presentación
2. Análisis teórico normativo de la discrecionalidad administrativa de planeamiento urbanístico
  - 2.1. La integración de la teoría de la ponderación en la tesis de que la discrecionalidad administrativa consiste en la habilitación a la Administración para completar o integrar un supuesto de hecho normativo imperfecto o crear un supuesto de hecho inexistente
  - 2.2. Discrecionalidad planificadora y discrecionalidad normativa
  - 2.3. Recapitulación
3. La norma de control judicial formulada en función del tipo de discrecionalidad atribuido por la norma de conducta reguladora de las decisiones administrativas sobre planeamiento
  - 3.1. Normas de conducta (reguladoras de la actividad administrativa) y normas de control (judicial)
  - 3.2. La simetría entre norma de conducta y norma de control en los supuestos de decisiones regladas (completamente programadas). El control positivo
  - 3.3. La asimetría entre norma de conducta y norma de control en los supuestos de decisiones discrecionales. El contenido de la norma de control judicial. El control negativo
  - 3.4. Cuadro explicativo y nueva recapitulación
4. Análisis metodológico de la evolución de la norma de control judicial de las decisiones administrativas dotadas de discrecionalidad propiamente planificadora (años 2000-2013)
  - 4.1. La formulación tradicional de la norma de control
  - 4.2. El control de la arbitrariedad razonabilidad (art. 9.3 CE) en el resultado de la decisión
  - 4.3. La reforma de la norma de control: arbitrariedad (art. 9.3 CE) como simple ausencia de motivación expresa de la decisión
  - 4.4. Los primeros pasos de un específico control de ponderación
5. Conclusiones
6. Bibliografía
7. Tabla de jurisprudencia citada

## *1. Presentación*

El presente trabajo pretende, en primer lugar, cumplir una tarea que no culminé hace catorce años, cuando se publicó mi estudio sobre la ponderación en el Derecho administrativo. Se trataba allí la discrecionalidad planificadora como el tipo de discrecionalidad atribuido por la norma a la Administración para que decidiera a través del método de la ponderación<sup>1</sup>, pero no se hizo el esfuerzo de construcción sistemática de integrar la teoría de la ponderación en una teoría general de la discrecionalidad administrativa. A esto se dedica el siguiente apartado de este estudio (abajo, 2).

Se plantea, a continuación (abajo, 3), la distinción entre norma de conducta (dirigida a la Administración) y norma de control (judicial), como binomio conceptual útil desde la perspectiva de una metodología específicamente jurídico-administrativa que tenga en cuenta la consideración casi obvia de que, en el ámbito del Derecho administrativo, es la Administración quien en primer lugar aplica la norma decidiendo y solo después controla el juez examinando la decisión de aquella. Una metodología del Derecho administrativo no es, pues, sobre todo, una metodología aplicativa del Derecho por el juez. Para una clasificación de tipos de discrecionalidad (la derivada de la utilización de conceptos normativos indeterminados en el supuesto de hecho de la norma, la discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica, la discrecionalidad planificadora, etc.) se formula una propuesta de normas de control que expliquen adecuadamente la función del órgano judicial que revisa la legalidad de la actuación administrativa.

Por último, se realiza un estudio jurisprudencial (que recorre los años que van de 2000 a 2013) sobre la evolución de la norma de control efectivamente utilizada por los órganos judiciales para examinar las decisiones de la Administración dotadas de discrecionalidad planificadora y se propone la formulación de un específico control de ponderación como el más adecuado para la revisión judicial de dichas decisiones administrativas (abajo, 4).

Como ámbito del que se extrae el material normativo y jurisprudencial para este estudio metodológico se utiliza el del Derecho urbanístico. El trabajo forma parte de una investigación algo más ambiciosa, que —espero— culminará en la publicación de una breve obra con el título “metodología del Derecho administrativo”.

---

<sup>1</sup> Véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, en especial, pp. 31-39, 42-45, 48-55, 92-96).

## 2. Análisis teórico normativo de la discrecionalidad administrativa de planeamiento urbanístico

### 2.1. La integración de la teoría de la ponderación en la tesis de que la discrecionalidad administrativa consiste en la habilitación a la Administración para completar o integrar un supuesto de hecho normativo imperfecto o crear un supuesto de hecho inexistente

Se parte aquí de la tesis (formulada entre nosotros por BACIGALUPO en 1997)<sup>2</sup> de que la discrecionalidad administrativa consiste en la facultad atribuida por la norma a la Administración de completar o integrar (conforme a criterios o parámetros decididos o “encontrados” por ella misma) el supuesto de hecho normativo imperfecto o, en el caso extremo, de crear un supuesto de hecho normativo inexistente (también conforme a esos criterios) determinante de la aplicación en cada caso de una consecuencia jurídica prevista normativamente.

Esto es así tanto cuando el supuesto de hecho de la norma que debe aplicar la Administración utiliza conceptos normativos indeterminados<sup>3</sup>, como cuando a la Administración le concede la norma discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica (*Rechtsfolgeermessen*, en la terminología alemana); y —esto es lo que más nos interesará en adelante— también en los casos que se han denominado como de “discrecionalidad planificadora” (*Planungsermessen*), en los que la actuación administrativa está dirigida por programas finales y no por programas condicionales

---

<sup>2</sup> Mariano BACIGALUPO (1997). Considero la tesis de BACIGALUPO (especialmente en los tres primeros capítulos de su obra) como la más convincente explicación teórico-normativa y metodológica entre nosotros de esa cuestión medular del Derecho administrativo (a la que, por lo demás, también otros autores han dedicado trabajos sobresalientes) que es la discrecionalidad de la Administración. El efecto pacificador en la doctrina española conseguido por este sólido y denso trabajo de BACIGALUPO me permite construir sobre él ideas relativas a la discrecionalidad planificadora sobre las que —como ya se ha dicho— no reflexioné suficientemente para la publicación de mi obra sobre la ponderación ya citada. Creo que, en buena medida, lo que se expone en este trabajo no es otra cosa que un intento por mi parte de integrar las ideas que entonces expuse sobre la ponderación y la discrecionalidad planificadora [algo ampliadas, más tarde, en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2009, pp. 115 y ss.)] en la tesis de BACIGALUPO según la cual la discrecionalidad administrativa solo opera en el ámbito del supuesto de hecho (imperfecto) de las normas jurídico-administrativas (véase, en su obra, en especial, pp. 181 y ss.). BACIGALUPO no se centró específicamente en el análisis de la discrecionalidad planificadora (*Planungsermessen*) y la ponderación (aunque no faltan referencias a ellas en su obra, véase pp. 182-183), sino, sobre todo, en la discrecionalidad derivada de la utilización de conceptos normativos indeterminados en el supuesto de hecho de las normas y en la discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica (*Rechtsfolgeermessen*).

<sup>3</sup> BACIGALUPO (1997, pp. 188 y ss.): “la aplicación de los conceptos normativos indeterminados en su zona de incertidumbre supone también, en cuanto exige completar un requisito o elemento *imperfecto* del supuesto de hecho normativo, el ejercicio de discrecionalidad” (p. 188, cursiva original). En contra de la utilización del análisis de la estructura lógico-formal de la norma como una de las bases dogmáticas sobre la que construir el estudio de la discrecionalidad (tal y como lo lleva a cabo BACIGALUPO) parece situarse Eva DESDENTADO (1999, p. 84, en nota núm. 199), cuya distinción entre “discrecionalidad fuerte” y “discrecionalidad instrumental” (con algunas variantes: jurídico-técnica, técnico administrativa) recorre toda su obra (véase, en especial, pp. 52-53, 139 y ss., 143 y ss.)

(como sucede en los dos tipos de discrecionalidad anteriores).

La peculiaridad de la discrecionalidad planificadora que se quiere identificar en este contexto es solo —según tratará de demostrarse en lo que sigue— que la creación o construcción del supuesto de hecho de la norma ha de llevarla a cabo la Administración a través de un específico método (de una estructura racional consolidada y peculiar de argumentar jurídicamente) que es el de la ponderación<sup>4</sup>.

En esa suma de decisiones adoptadas en un solo acto jurídico definitivo en que consiste la aprobación de un plan urbanístico se encuentran ejemplos gráficos para ilustrar los diversos tipos de discrecionalidad a los que acaba de hacerse referencia. En primer término pueden situarse aquellas decisiones administrativas del plan que se encuentran completamente programadas por una regla de estructura condicional contenida en la legislación urbanística. Aquí no hay discrecionalidad, sino actuación reglada de la Administración: por ejemplo, si en unos terrenos concurren los servicios urbanísticos a, b, c y d (elementos del supuesto de hecho perfectamente definidos por la norma, que funcionan como condición de la aplicación de la consecuencia jurídica), entonces deben ser clasificados por la Administración como suelo urbano.

Es, a estas alturas, suficientemente conocida la jurisprudencia que considera la clasificación del suelo urbano como una decisión reglada<sup>5</sup>. Esa jurisprudencia actúa correctamente cuando condena a la Administración a clasificar el suelo como urbano tras anular una clasificación, por ejemplo, como urbanizables de terrenos en los que concurren esos elementos del supuesto de hecho de la norma. La actuación administrativa está completamente programada por la norma y, por eso, el control del órgano judicial puede ser positivo (la determinación de lo que concretamente “debe ser” en sustitución de la decisión que se anula)<sup>6</sup>, sin que entre en juego la

---

<sup>4</sup> La doctrina sobre la ponderación como método en el Derecho público es, a día de hoy, literalmente inabarcable. Para la exposición que sigue, por razones de economía en el aparato crítico, las referencias sobre las piezas fundamentales de la teoría de la ponderación (que han de darse por conocidas) remitirán solo a la conocida obra de Robert ALEXY (1996) y a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000).

<sup>5</sup> Véase, por todas, STS, 3ª, 21.1.2011 (RJ 2011\332; MP: Pilar Teso Gamella), FD 9º. Utiliza en estos casos la jurisprudencia —como se sabe— la expresión de “la fuerza normativa de lo fáctico”: “el planificador no puede clasificar como urbano el suelo que carezca de esos servicios urbanísticos, debiendo clasificarlo como tal en el caso contrario”. En realidad, si se presta atención a las cosas con la necesaria reflexión, puede llegarse a la conclusión de que la programación normativa del supuesto de hecho de la norma no es del todo completa, porque contiene —en su interpretación jurisprudencial— dos conceptos normativos indeterminados: 1) los servicios urbanísticos deben resultar “de dimensiones adecuadas para los usos previstos en el planeamiento”; y 2) debe poder constatarse con respecto a la parcela en cuestión que existe una integración “dentro de la malla urbana de la ciudad” [por ejemplo, STS, 3ª, 22.6.2012 (RJ 2012\8267; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 4º]. La jurisprudencia no ha extraído, a los efectos que nos interesan, ninguna consecuencia práctica de este matiz.

<sup>6</sup> Sobre esto véase BACIGALUPO (1997, pp. 84 y ss., 207 y ss.). Sobre el control negativo (que permite al órgano judicial anular, pero no sustituir la decisión administrativa) derivado de las exigencias de principios como el de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), véase, por ejemplo, Miguel BELTRÁN DE FELIPE (1995, pp. 96-100).

prohibición dirigida al órgano judicial de “determinar el contenido discrecional de los actos anulados” (art. 71.2 LJCA), precisamente, porque aquí no hay margen de discrecionalidad, dado que la programación normativa de la actuación administrativa es completa.

Otras regulaciones de la legislación urbanística otorgan a la Administración la discrecionalidad derivada de la utilización en su programa de actuación (condicionalmente establecido) de conceptos normativos indeterminados. Este es el caso, por ejemplo, de la decisión sobre la clasificación de unos terrenos como suelo no urbanizable protegido por la concurrencia en ellos de “valores agrícolas”<sup>7</sup>. En la zona de incertidumbre de este concepto<sup>8</sup>, la discrecionalidad otorgada a la Administración consiste en integrar con criterios ese supuesto de hecho incompleto para justificar que a los terrenos que deben ser clasificados se les vincule precisamente la consecuencia jurídica “suelo no urbanizable protegido”.

Por otra parte, cuando en el art. 152 del viejo Reglamento de Gestión Urbanística se establece que la Administración puede adoptar en el plan la decisión sobre la elección del sistema de actuación (compensación, cooperación-reparcelación o expropiación), puede verse en ese precepto un ejemplo de discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica<sup>9</sup>; y, de nuevo, puede definirse esa discrecionalidad como la habilitación a la Administración para completar o integrar los criterios incompletos del supuesto de hecho normativo (medios económicos con que cuente la Administración, grado de colaboración de la iniciativa privada, etc.; art. 153 RGU) de forma que quede construida la regla completa que determina que lo que procede es adoptar una u otra de las tres consecuencias jurídicas posibles.

Lo más genuino de la decisión administrativa en que consiste un plan es, sin embargo, la atribución a la Administración de discrecionalidad planificadora en sentido estricto, entendida esta como la que se otorga a la autoridad que decide sobre el plan para adoptar, en atención a las circunstancias del caso, decisiones de prevalencia entre los fines o principios a través de los cuales las normas dirigen la actividad planificadora administrativa<sup>10</sup>. Como ya se sabe, la dirección de la actividad administrativa en estos supuestos no tiene lugar mediante reglas que contienen programas normativos de estructura condicional (“si se da este supuesto de hecho, procede esta o esa consecuencia jurídica”), sino mediante principios (mandatos de optimización)

---

<sup>7</sup> Véase art. 9.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (en adelante, LRSV 98); y art. 12.2 a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo (en adelante, TRLS 2008).

<sup>8</sup> Sobre la estructura lógico-semántica de los conceptos normativos indeterminados y su zona de incertidumbre (o de penumbra, o vaguedad, en la que se encuentran los candidatos neutrales) véase BACIGALUPO (1997, pp. 194 y ss.).

<sup>9</sup> Otros ejemplos de este tipo de discrecionalidad en GALLEGO ANABITARTE *et al.* (2001, pp. 101-102).

<sup>10</sup> Sobre esto véase, por ejemplo, WOLFF, BACHOF, STOBER & KLUTH (2007, pp. 329 y ss.) y MAURER (2011, pp. 169 y ss.).

que imponen programas finales<sup>11</sup> que deben ser cumplidos por la decisión administrativa “en la medida de lo posible”. En este contexto de ideas se inserta correctamente la jurisprudencia constitucional que llama la atención sobre “el juicio de ponderación en que esencialmente consiste la decisión sobre el planeamiento” [STC, Pleno, 51/2004, 13.4.2004 (RTC 2004/51; MP: Eugeni Gay Montalvo), FJ 10º].

Pensemos en la decisión del planeamiento urbanístico consistente en si unos determinados terrenos hasta ahora rústicos deben clasificarse como suelo urbanizable o como suelo no urbanizable común porque la Administración considere que son simplemente “inadecuados para un desarrollo urbano”<sup>12</sup> (por utilizar la expresión tradicional de la LRSV 1998), o (si queremos utilizar la terminología de una legislación urbanística autonómica reciente adaptada al TRLS 2008) porque “el plan general, de forma motivada, no (los) considere transformables en urbanos de acuerdo con el modelo de evolución urbana fijado” [art. 17 d) de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón].

A mi juicio, estos preceptos otorgan a la Administración una discrecionalidad genuinamente planificadora y un análisis teórico-normativo del supuesto permite afirmar que no existe ninguna diferencia categorial o cualitativa entre este tipo de decisión discrecional y los que someramente se han expuesto hasta ahora: la norma atribuye a la Administración la facultad de crear el supuesto de hecho al que se va a vincular la consecuencia jurídica de la clasificación como suelo urbanizable o como suelo no urbanizable común. La única peculiaridad de este tipo de la discrecionalidad planificadora es que la creación por la Administración de ese supuesto de hecho ha de llevarse a cabo mediante el método de la ponderación. La norma tiene un supuesto de hecho en blanco (o casi en blanco) que tiene que completar (en realidad, en este caso, crear *ex novo*) la Administración mediante un juicio ponderativo<sup>13</sup>.

Pongamos un ejemplo para facilitar la explicación. En las primeras fases de elaboración del Plan

---

<sup>11</sup> Véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, pp. 42 y ss.); WOLFF, BACHOF, STOBER & KLUTH (2007, pp. 329-330 y ss.) y MAURER (2011, p. 169).

<sup>12</sup> Desde la STS, 3ª, 11.5.2007 (RJ 2007\8321; MP: Segundo Menéndez Pérez) es reiterada la jurisprudencia que sostiene que la supresión por el Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, del inciso final “así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano” del art. 9.2 de la LRSV 1998 “no debe ser interpretada en el sentido que aparenta de desapoderar al planeamiento general para tomar en consideración esa inadecuación a los efectos de la clasificación de un suelo como no urbanizable” (FD 3º).

<sup>13</sup> Así puede interpretarse, por ejemplo, la argumentación de la STS, 3ª, 13.4.2011 (RJ 2011\3208; MP: Rafael Fernández Valverde), sobre la impugnación de la clasificación como suelo no urbanizable común “por inadecuación” [arts. 9.2 *in fine* LRSV 1998 y 2.2 b) TRLS 2008] de fincas que los recurrentes querían como urbanizables. El Tribunal Supremo parece estar remitiendo a un juicio de ponderación entre “los fines y objetivos declarados” en el “modelo territorial elegido” y a la “prevalencia” de aquellos que aconsejan la preservación de la urbanización como “piedra angular” del ejercicio de la discrecionalidad planificadora en estos supuestos (FD 5º).

General de Ordenación Urbana de un municipio se ha destacado como uno de los problemas más acuciantes de la comunidad vecinal el del paro. En la fase de información pública del avance de plan una empresa ha manifestado su interés en establecer una industria de envasado de productos agrícolas producidos en la región en el término municipal si existieran terrenos con la clasificación urbanística adecuada, lo que podría proporcionar previsiblemente decenas de puestos de trabajo. En el término municipal existen unos terrenos rústicos en los que no concurren valores medioambientales relevantes, aunque es obvio que, por razones de protección contra el ruido<sup>14</sup>, sería –desde este exclusivo punto de vista– más adecuado no permitir la transformación urbanística de dichos terrenos.

Con estos datos ya tenemos material suficiente para realizar el juicio ponderativo al que remite la norma (que, evidentemente, nunca se dará en la realidad en términos tan sencillos). Un juicio que, como se sabe, se realiza en tres fases<sup>15</sup>: a) identificación de los principios o intereses en conflicto (aquí los datos fácticos ya destacan como afectados, por una parte, el interés de la promoción del pleno empleo; y, por otra, el de la protección del medio ambiente; los dos expresamente destacados en el art. 2.2 TRLS 2008 como intereses que deben ser “armonizados” —esto es, ponderados— en las decisiones sobre ordenación urbanística); b) atribución del peso o importancia que a ellos corresponde en función de las circunstancias del caso (al interés del pleno empleo le corresponde una importancia alta, porque hay un problema acuciante de paro en el municipio y existe un pronóstico verosímil de instalación de una industria en los terrenos; mientras que al principio relativo a la protección del medio ambiente le corresponde una importancia baja, porque solo se ve afectado por las molestias derivadas del ruido que inevitablemente procede de una instalación industrial); y c) decisión de prevalencia (en atención a las circunstancias del caso, prevalece el interés relativo al pleno empleo sobre el principio de la protección del medio ambiente).

La decisión de prevalencia —como se sabe— ha de cumplir con la denominada “ley de la ponderación”<sup>16</sup>: en la solución de un conflicto entre principios debe cumplirse la regla de que cuanto mayor sea el perjuicio que se causa al principio que “pierde”, mayor ha de ser la

---

<sup>14</sup> Como se sabe, la protección que contra el ruido o los malos olores dispensaban las leyes que desarrollan el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE) se ha reforzado después de que el Tribunal Constitucional declarara [SSTC, Pleno, 119/2001, 24.5.2001 (RTC 2001/119; MP: Pablo Pérez Tremps); 16/2004, 23.2.2004 (RTC 2004/16; MP: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera); y 150/2011, 29.9.2011 (RJC 2011/150; MP: Ramón Rodríguez Arribas)] que la protección contra esas injerencias externas se incluye, al menos, en parte, en el contenido del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE), interpretados conforme a la jurisprudencia del TEDH [entre otras sentencias, SSTEDH (caso López Ostra contra Reino de España) 9.12.1994; y (caso Guerra y otros contra Italia), 19.2.1998].

<sup>15</sup> Véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, pp. 121 y ss.).

<sup>16</sup> Así denomina ALEXY (1996, p. 146, *passim*) (“ley de la ponderación”, *Abwägungsgesetz*), al criterio según el cual, en caso de conflicto entre dos principios, la solución que se adopte debe cumplir que “cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios en colisión mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario”.

importancia del cumplimiento del principio que “gana”—. Es convincente la tesis de que en nuestro caso se cumple con esa regla: el limitado perjuicio que se causa al principio de la protección medioambiental (expresamente identificado como uno de los fines a los que debe servir la planificación urbanística; y concreción en este ámbito del principio rector establecido en el art. 45 CE) como consecuencia del ruido que inevitablemente deriva de una instalación industrial está justificado por la alta importancia de facilitar la creación de puestos de trabajo (interés que también constituye una concreción en el ámbito de la legislación urbanística del principio rector constitucional relativo la política orientada al pleno empleo del art. 40.1 CE).

La correcta adopción de la decisión de prevalencia —conforme a la más conocida teoría relativa a la ponderación como método— permite siempre la formulación de una “regla de prevalencia condicionada” que expresa, precisamente, las condiciones bajo las cuales uno de los principios en conflicto prevalece sobre el otro<sup>17</sup>. En el sencillo ejemplo anterior esa regla podría formularse de la siguiente forma: si existe un problema acuciante de paro y posibilidades verosímiles de instalación de una industria en terrenos del municipio y de esa industria derivarán ruidos pero no concurren en dichos terrenos valores medioambientales relevantes, prevalece el principio “promoción del pleno empleo” (con la consecuencia jurídica a él vinculada: clasificación del terreno como suelo urbanizable) sobre el principio “protección del medio ambiente” (que se expresa mejor en la consecuencia jurídica “clasificación del terreno como suelo no urbanizable”).

Ahora se va a exponer la médula del intento que aquí se está realizando de integrar la teoría de la ponderación en la tesis de que la discrecionalidad administrativa consiste en la habilitación a la Administración para crear un supuesto de hecho normativo inexistente al que vincular una consecuencia jurídica prevista normativamente. Nótese que el supuesto de hecho entregado por el legislador a la Administración prácticamente en blanco [terrenos que “el plan general, de forma motivada, no considere transformables en urbanos de acuerdo con el modelo de evolución urbana fijado”; art. 17 d) de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón] remite a un juicio ponderativo que ha de llevar a cabo la Administración por las tres fases que ya conocemos: identificación de los intereses en conflicto, atribución de peso en función de las circunstancias del caso y decisión de prevalencia. Ponderando principios (aquí promoción del pleno empleo y protección del medio ambiente) por ese procedimiento se adopta la decisión de prevalencia que conduce a la vinculación al caso de una u otra consecuencia jurídica, cada una de ellas adecuada a cada uno de los dos principios en conflicto (clasificación como suelo urbanizable para el principio promoción del pleno empleo; y clasificación como suelo no urbanizable para el principio protección del medio ambiente).

Pues bien, la regla de prevalencia condicionada, en la que se expresan las condiciones bajo las cuales prevalece un principio sobre otro, constituye la expresión completa del supuesto de hecho creado por la Administración al que se vincula la consecuencia jurídica adecuada al principio que se ha considerado prevalente. En nuestro ejemplo, el supuesto de hecho creado por la Administración para aplicar la consecuencia jurídica “clasificación como suelo urbanizable” es,

---

<sup>17</sup> Así ALEXY (1996, p. 81, *passim*).

precisamente, la regla de prevalencia condicionada que, como resultado de un juicio de ponderación, ha determinado que, si existe un problema acuciante de paro y posibilidades verosímiles de instalación de una industria en terrenos del municipio y de esa industria derivarán ruidos pero no concurren en dichos terrenos valores medioambientales relevantes, prevalece el principio “promoción del pleno empleo”, con la consecuencia jurídica a él vinculada: clasificación del terreno como suelo urbanizable<sup>18</sup>.

Recapitemos lo que se ha intentado exponer. La discrecionalidad de la Administración consiste en la habilitación de la norma para que sea la Administración la que integre, complete o cree el supuesto de hecho al que vincular la consecuencia jurídica normativamente prevista. Lo específico de la discrecionalidad genuinamente planificadora es que la creación de ese supuesto de hecho ha de realizarse, en atención a las circunstancias del caso, como resultado de un juicio ponderativo entre los fines, principios o intereses que la norma establece como directivas que programan la decisión administrativa de la que se trata. La regla de prevalencia condicionada en la que se expresan las condiciones por las que un principio prevalece sobre otro es justamente el supuesto de hecho creado por la Administración para vincularle la consecuencia jurídica adecuada a la prevalencia de ese principio.

## 2.2. Discrecionalidad planificadora y discrecionalidad normativa

Y ahora es necesario introducir una matización. Al plan urbanístico le ha reconocido la jurisprudencia desde hace décadas —como es suficientemente conocido— el carácter de disposición administrativa. En términos generales creo que puede afirmarse que en esa calificación global del plan como norma o disposición han pesado más razones prácticas de aplicación de reglas procesales típicas del control judicial de las disposiciones administrativas que la fuerza vinculante de conclusiones obtenidas de un análisis dogmático realizado en profundidad<sup>19</sup>. Simplificando algo las cosas, podría afirmarse que, a la vista de que algunas de las decisiones del plan son bastante o mucho más que la simple aplicación o ejecución de normas establecidas en la legislación urbanística; y teniendo en cuenta, también, la importancia y la trascendencia material de las decisiones sobre la ordenación urbanística del municipio, la

---

<sup>18</sup> La estructura del discurso metodológico que aquí se está utilizando para explicar en qué consiste la discrecionalidad planificadora en el contexto de una teoría general de la discrecionalidad (a través de la ponderación se formula una regla de prevalencia condicionada que funciona como supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica adecuada al principio que prevalece) es paralela a la que, en otro contexto, expone ARROYO JIMÉNEZ (2004, pp. 195-217). El contexto de ARROYO es el de dimensión constitucional de la regulación legislativa del acceso al mercado. No se está, pues, en el ámbito de la discrecionalidad de la Administración, sino en el de la libertad del legislador para adoptar esas decisiones regulativas como “medidas gobernadas por principios constitucionales” (p. 216). Pero es equiparable el esquema de unos principios ponderables (libertad de empresa y principio de Estado social) entre los cuales se formulan reglas de prevalencia condicionada que suponen “la creación de una regla que dispone la aplicación de la *consecuencia jurídica* que se deriva del principio prevalente, de concurrir el *supuesto de hecho* integrado por el conjunto de circunstancias identificadas en la relación” (p. 200, cursiva mía).

<sup>19</sup> En términos muy parecidos, para el Derecho alemán, WAHL (2013, pp. 81-82).

jurisprudencia ha decidido que sean de aplicación al plan en su conjunto una serie de reglas procesales típicamente previstas para el control judicial de normas.

Es útil desde la perspectiva procesal, por ejemplo, que siempre sea posible cuestionar la legalidad de las decisiones adoptadas por el plan con ocasión del control de sus actos de aplicación (la denegación de una licencia de obras, por ejemplo) o, incluso, de otras normas de desarrollo (un Estudio de Detalle que desarrolla unas Normas Subsidiarias, por ejemplo)<sup>20</sup> a través del recurso indirecto frente a las disposiciones administrativas (art. 26.1 LJCA)<sup>21</sup>. Parece oportuno que la falta de impugnación directa del plan o la desestimación de un recurso directo frente a él no impidan el control de su legalidad por los órganos judiciales a través de la impugnación de sus actos de aplicación (art. 26.2 LJCA). La trascendencia de las decisiones sobre la planificación urbanística hace inadecuado que su falta de impugnación directa determinara su firmeza e inmodificabilidad (judicial) para siempre, mediante la consideración de los actos posteriores de aplicación como actos confirmatorios de la decisión del plan (art. 28 LJCA); no cabe recurso administrativo contra los planes urbanísticos, como disposiciones administrativas que son (art. 107.3 LRJPAC), en razón de su procedimiento especial de elaboración, que sería sorteado en caso de estimación del recurso (y no son conformes con el citado precepto básico estatal las normas autonómicas que prevén ese recurso)<sup>22</sup>; etc.

Debe advertirse, no obstante, que la calificación del plan urbanístico como disposición administrativa (norma) también ha tenido consecuencias en otros planos distintos al procesal: el régimen de su publicación (art. 9.3 CE y 70.2 LBRL)<sup>23</sup> y su permanente modificabilidad [con independencia de que, en algunos casos, sea necesario indemnizar (art. 35 TRLS 2008)], no sometida a las reglas de la revocación de los actos administrativos, sino al *ius variandi* (por utilizar la expresión de la jurisprudencia) de las normas reglamentarias.

Puede ilustrarse lo que se está diciendo con algunas declaraciones de la STS, 3ª, 9.2.2009 (RJ 2009\957; MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco), que se refieren a “la singular naturaleza de los instrumentos de planeamiento urbanístico, figuras jurídicas complejas que aúnan determinaciones reglamentarias con otras previsiones particulares a las que no cabe atribuir la vocación a la permanencia predicable de las normas jurídicas”; con independencia de lo cual se considera que “a través de la impugnación indirecta de un plan, articulada con ocasión del

---

<sup>20</sup> STS, 3ª, 26.10.2011 (RJ 2012\1582; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 1º.

<sup>21</sup> Sobre esto, con detalle, TRAYTER (1996, pp. 347 y ss.).

<sup>22</sup> SSTS, 3ª, 11.10.2011 (RJ 2011\7748; MP: Jesús Ernesto Peces Morate), FD 1º; 12.12.2011 (RJ 2012\2690; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 3º; y 8.11.2012 (RJ 2012\10356; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 4º.

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, STS, 3ª, 8.9.2011 (RJ 2012\649; MP: Eduardo Calvo Rojas): “deber de publicación del contenido normativo de los instrumentos de planeamiento (...), incluidas las fichas de los distintos ámbitos de gestión, cuando tengan carácter normativo” (FD 2º). En estas declaraciones está implícita la tesis que aquí se sostiene de que no todo lo que se contiene en el plan urbanístico tiene realmente el carácter de una norma dictada por la Administración.

recurso interpuesto contra otro instrumento de desarrollo o frente a actos de aplicación, pueden controvertirse tanto sus contenidos propiamente normativos como las determinaciones relativas a su ejecución y, por ende, sin valor reglamentario alguno” (FD 3º).

Lo que interesa de esta cita es destacar, en primer término, lo endeble de la argumentación de tipo dogmático que distingue entre norma y acto en función de la “vocación a la permanencia predicable de las normas jurídicas”. A mi juicio, el criterio para distinguir entre la creación de Derecho (norma) y la aplicación del Derecho (acto) no está en la vocación a la permanencia de la norma, porque puede crearse Derecho para regular un caso concreto de una vez por todas. Pero no se quiere centrar aquí la discusión<sup>24</sup>. Esta declaración es relevante, en segundo lugar, porque con toda naturalidad reconoce —a mi juicio, con razón— que en el plan hay decisiones normativas y otras ejecutivas (que aplican el Derecho existente)<sup>25</sup>; y, en tercer lugar, porque, de forma muy pragmática, también reconoce que la vía de la impugnación indirecta (art. 26.1 LJCA) puede utilizarse —en contra de lo que exigiría el rigor dogmático— tanto contra decisiones normativas como ejecutivas. En definitiva, aquí el liderazgo no lo lleva la argumentación dogmática, sino el pragmatismo procesal<sup>26</sup>.

Parto, pues, de la idea de que en el plan se contienen algunas decisiones que son pura ejecución o aplicación de las normas que regulan la aprobación de los planes; y otras decisiones que pueden calificarse como verdaderamente normativas, porque crean supuestos de hecho nuevos a los que se vinculan consecuencias jurídicas también nuevas, creadas por la Administración, porque no están previstas como tales en la legislación que regula esa actividad administrativa. En definitiva —y por referirnos ya a lo que aquí y ahora nos interesa—, la aprobación del plan urbanístico no es solo una decisión aplicativa, en la que la Administración dotada de facultades discrecionales se limite a integrar, completar o crear, en su caso, supuestos de hecho para vincularles consecuencias jurídicas previstas completamente por la norma, como es el caso de la decisión —que se ha utilizado como ejemplo más arriba— sobre la clasificación del suelo.

Según se está diciendo, en muchas ocasiones las decisiones sobre el planeamiento urbanístico tienen carácter normativo, porque la Administración crea tanto los supuestos de hecho como las consecuencias jurídicas a ellos vinculadas. No será necesario argumentar con detalle que la creación de nuevas consecuencias jurídicas por la Administración en la decisión sobre el planeamiento urbanístico se realiza “en el marco” de las que prevé la legislación urbanística. Recurramos de nuevo a un ejemplo para hacer más llevadera la exposición teórica.

---

<sup>24</sup> Se remite, por ejemplo, a la exposición de GALLEGOS *et al.* (2001, pp. 29 y ss.).

<sup>25</sup> La tesis la sostuvo hace ya más de cuarenta años CARRETERO (1970, pp. 87 y ss.). En su resultado es la misma que sostiene hoy también BAÑO LEÓN (2009, p. 129). Sobre el debate doctrinal relativo a la cuestión (con abundante bibliografía) puede verse TRAYTER (1996, pp. 39 y ss.); y GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (2001, pp. 105 y ss.).

<sup>26</sup> De forma parecida, TRAYTER (1996, pp. 63-65).

En el plan ya se ha adoptado la decisión de clasificar como suelo urbanizable unos terrenos, porque se necesita nuevo suelo para uso residencial, de oficinas e industrial. La atribución a cada una de las nuevas fincas del suelo urbanizable de una calificación urbanística (uso, intensidad y tipología) constituye una decisión normativa que vincula a supuestos de hecho creados por la Administración consecuencias jurídicas (por ejemplo,  $x$  metros cuadrados de edificabilidad de uso residencial) creadas por la Administración en el marco del catálogo de calificaciones que, en general, prevé la legislación urbanística.

La legislación urbanística regula en abstracto la posibilidad de calificar terrenos para suelo residencial (o de oficinas, o comercial, etc.), pero la decisión de prever que en esta finca se pueden construir  $x$  metros cuadrados de edificabilidad residencial, incompatible con cualquier otro uso, y en aquella otra finca  $y$  metros cuadrados de edificabilidad residencial compatible con el uso de oficinas implica la creación de consecuencias jurídicas nuevas (concreciones de previsiones genéricas) que se vinculan a supuestos de hechos que también crea la Administración (a través de juicios de ponderación realizados conforme a lo que se ha explicado más arriba). La concreta calificación urbanística que una finca recibe en un plan urbanístico no supone la aplicación de una consecuencia jurídica ya prevista completamente en la legislación sobre urbanismo<sup>27</sup>. Aquí hay creación por la Administración de supuestos de hecho y creación de consecuencias jurídicas.

Desde el punto de vista de la teoría de la discrecionalidad administrativa, puede decirse que decisiones como la calificación del suelo suponen un plus con respecto a la discrecionalidad planificadora. Aquí hay discrecionalidad planificadora (la Administración crea supuestos de hecho por ponderación, según se ha dicho ya), pero hay, además, discrecionalidad normativa (*Rechtsetzungsermessen*)<sup>28</sup>: para esos supuestos de hecho la Administración ha de crear la consecuencia jurídica más adecuada al equilibrio de los principios ponderados.

Podría decirse gráficamente: si en el ejemplo anterior del enfrentamiento entre el principio promoción del pleno empleo y el de la protección del medio ambiente el primero “ha ganado por mucho”, estará justificado atribuir más edificabilidad de uso industrial (consecuencia jurídica más adecuada al principio prevalente) a la finca de suelo urbanizable que si ese principio ha ganado “por poco”, en cuyo caso la consecuencia jurídica adecuada será la previsión de menos

---

<sup>27</sup> En sentido análogo, DESDENTADO (1999, p. 445): “mientras que las diferentes categorías en las que puede clasificarse el suelo están ya previstas en la propia legislación, las categorías en las que puede calificarse el suelo no han sido objeto de tipificación legal alguna”.

<sup>28</sup> Puede verse un planteamiento de la cuestión de si es necesaria una metodología propia de la creación de Derecho por la Administración (ejemplificada, precisamente, con la referencia a la planificación administrativa) categorialmente distinta de la adopción por la Administración de decisiones discrecionales aplicativas o ejecutivas del Derecho en MÖLLERS (2006, pp. 151-153). También se refiere a la discrecionalidad normativa como tipo cuantitativa pero no cualitativamente distinto de los demás tipos de discrecionalidad BACIGALUPO (1997, pp. 183-184; y en nota a pie de pág. 315). Como “tipos característicos” diferenciados de discrecionalidad distingue SÁNCHEZ MORÓN (1994, pp. 121-126), entre la “discrecionalidad reglamentaria” y la “discrecionalidad de planificación”.

edificabilidad industrial para que el ruido resultante de esa actividad perjudique menos al principio que ha retrocedido (el de la protección del medio ambiente).

Para adoptar numerosas decisiones parciales incluidas en la decisión global sobre el plan urbanístico, pues, la Administración no solo dispone de márgenes de discrecionalidad planificadora (creación del supuesto de hecho por ponderación), sino, también, de discrecionalidad normativa (creación —en el marco de lo previsto por la legislación urbanística— de la consecuencia jurídica más adecuada al principio al que se ha dado prevalencia en el juicio de ponderación). Lo que se quiere destacar más señaladamente es que no estamos, en estos casos, ante supuestos de mera discrecionalidad aplicativa, sino de discrecionalidad normativa, que añade el plus de la decisión administrativa —también conforme a criterios, por descontado— sobre la creación de la concreta consecuencia jurídica en el marco de las previstas por la norma para el supuesto de hecho diseñado como consecuencia de un juicio ponderativo.

Nótese que la calificación dogmática (ejecución de Derecho —discrecionalidad aplicativa— o creación de Derecho —discrecionalidad normativa—) no tiene por qué coincidir con la importancia o la trascendencia que las concretas decisiones sobre el planeamiento urbanístico puedan tener desde otros puntos de vista. Desde el punto de vista económico, por ejemplo, parece evidente que es más relevante la decisión sobre la clasificación del suelo que sobre la calificación de los terrenos. Desde el punto de vista teórico-normativo, sin embargo, en el primer caso (clasificación) la Administración integra o crea supuestos de hecho para vincularles consecuencias jurídicas completamente reguladas por la norma (hay discrecionalidad administrativa en el plano de la aplicación del Derecho), mientras que en el caso de la calificación de los terrenos la Administración concreta o crea la norma jurídica completa: para supuestos de hecho integrados o creados por ella crea (en el marco de lo previsto normativamente) nuevas consecuencias jurídicas (hay aquí creación de Derecho en ejercicio de discrecionalidad normativa).

### **2.3. Recapitulación**

Quizás se está ya en condiciones de expresar las ideas anteriores concentradamente. Lo específico de la discrecionalidad planificadora (frente a otros tipos de discrecionalidad: conceptos normativos indeterminados o discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica) es el mandato impuesto a la Administración por la legislación que regula su actividad de adoptar decisiones a través de juicios de ponderación entre los principios que dirigen su actividad de forma finalística (no condicional). Para las decisiones que la legislación urbanística prevé que debe adoptar la Administración a través de un juicio de ponderación, la Administración pondera los principios relevantes, en atención a las circunstancias del caso, por el método trifásico que ya es suficientemente conocido (y al que se ha hecho sucinta referencia más arriba con un ejemplo) y adopta la decisión relativa a la prevalencia de uno de ellos.

La regla de prevalencia condicionada en la que se expresan los requisitos para que prevalezca un principio sobre otro constituye el supuesto de hecho al que se vincula una consecuencia jurídica adecuada al principio que se ha considerado prevalente. Por ejemplo, si se ha considerado

prevalente la promoción del pleno empleo, la consecuencia jurídica adecuada a la prevalencia de ese principio es la clasificación de unos terrenos como urbanizables.

En el supuesto de decisiones planificadoras que tienen carácter meramente aplicativo o ejecutivo de la legislación urbanística (por ejemplo, clasificación del suelo) esa consecuencia jurídica está ya completamente creada por dicha legislación. Por el contrario, en el caso de decisiones urbanísticas de carácter normativo (por ejemplo, calificación de usos, tipologías e intensidades sobre los terrenos) la consecuencia jurídica es también creada por la Administración en el marco de las consecuencias jurídicas solo genéricamente programadas por la legislación.

### ***3. La norma de control judicial formulada en función del tipo de discrecionalidad atribuido por la norma de conducta reguladora de las decisiones administrativas sobre planeamiento***

#### **3.1. Normas de conducta (reguladoras de la actividad administrativa) y normas de control (judicial)**

En mi opinión, una de las ideas más sencillas que, sin embargo, también más profundamente marcan la singularidad de una metodología del Derecho administrativo, frente a otras metodologías jurídicas, se puede expresar manifestando la evidencia —ya en el plano de la intuición— de que no es lo mismo adoptar una decisión que controlar jurídicamente la decisión adoptada por otro<sup>29</sup>. Los estudios metodológicos clásicos sobre la aplicación del Derecho se han centrado habitualmente en un modelo de ejecución de las normas en el que el órgano judicial (el civil o el penal, por ejemplo) es el primer llamado a fijar los hechos del caso, a identificar e interpretar la norma aplicable, a subsumir aquellos bajo esta, a decidir sobre un conflicto entre principios ponderando entre ellos en función de las circunstancias concretas del caso, etc. Y, en consecuencia, el contenido de esas metodologías consiste en la exposición de las reglas que deben vincular al órgano judicial al cumplir con rigor la tarea de fijar los hechos relevantes, interpretar las normas, dar prevalencias entre principios, etc.

Es una obviedad que en el Derecho administrativo no suceden así las cosas. Quien en este ámbito toma la primera decisión (conforme a sus propias normas de procedimiento y sus estructuras organizativas, con sus propios canales de obtención de legitimidad democrática y en una situación habitual no de independencia, sino de dirección por el Gobierno, etc.) es el órgano administrativo<sup>30</sup>. El órgano judicial, como regla general, a posteriori, solo controla conforme a

---

<sup>29</sup> Sobre esto véase BACIGALUPO (1997, pp. 65-71). ARROYO JIMÉNEZ (2009, p. 34) se vale de la elemental distinción para trazar la diferencia entre proporcionalidad y ponderación: “el juicio de *ponderación* es un método de decisión, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de control”.

<sup>30</sup> La idea está expresada por VELASCO (2014, pp. 104-108), bajo el concepto: Administración pública como “organización de cumplimiento” del Derecho.

criterios estrictamente jurídicos (art. 106.1 CE) la actuación administrativa cuando esta se impugna.

Considero útil en el contexto de estas ideas, porque —según creo— tiene un relevante valor explicativo, la distinción entre norma de conducta que dirige la actividad administrativa y norma de control utilizada por el órgano judicial para llevar a cabo su tarea de revisión jurídica de la actividad administrativa<sup>31</sup>. La norma de conducta pretende dirigir eficazmente la actividad administrativa (y se puede medir el grado en que esto realmente se consigue)<sup>32</sup>; y la norma de control judicial delimita los criterios jurídicos con los que se llevará a cabo la función de examinar la legalidad de la actuación administrativa impugnada (para vincular a ese enjuiciamiento, en primer término, una de las dos consecuencias jurídicas del binomio validez o invalidez)<sup>33</sup>.

Una manera en la que de forma gráfica puede exponerse la diferencia entre ambas es hacer referencia a un supuesto en el que expresamente un precepto del Derecho positivo introduce una asimetría entre la norma de conducta y la norma de control. Un buen ejemplo es, a mi juicio, el de la regulación de los efectos de los defectos administrativos “de forma” contenida en el art. 63.2 LRJPAC<sup>34</sup>.

Este precepto suele tratarse, sin más, como un apéndice de la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo (en concreto, como una regla excepcional en la que se prevé que algunas infracciones del ordenamiento jurídico en que ha incurrido la Administración no recibirán ni la sanción de la nulidad de pleno Derecho, ni la de la anulabilidad). Su contenido, sin embargo, desde la perspectiva que ahora nos interesa, es de largo alcance y tiene una proyección transversal en todo el ordenamiento jurídico-administrativo. El precepto comentado introduce, en efecto, en todo el ámbito que puede considerarse como regulador de las formas en el Derecho administrativo (singularmente, como es fácil de concluir, toda la regulación de los procedimientos y de la organización) una asimetría entre la norma de conducta que dirige la actividad de la Administración y la norma de control que regula la actividad judicial de examen *a posteriori* de la legalidad de la actuación administrativa.

---

<sup>31</sup> Sobre la distinción véase BACIGALUPO (1997, en especial, pp. 61-84). En la doctrina alemana, por ejemplo, FRANZIUS (2006, pp. 178-181) y HOFFMANN-RIEM (2006, pp. 633-634).

<sup>32</sup> Sobre esto véase VELASCO (2014, pp. 120-122).

<sup>33</sup> Fácilmente puede ponerse la distinción en conexión con las ideas que se refieren al enfrentamiento entre la clásica dogmática del control de actos jurídicos (*Rechtsaktbezogene Dogmatik*) y la (hoy necesaria) dogmática referida a la actuación administrativa (*Verhaltensbezogene Dogmatik*) en la doctrina alemana [véase, por ejemplo, SCHMIDT-AßMANN (2013, pp. 14-15)]; e, incluso, con las llamadas *red light theory* y *green light theory* en la doctrina británica [véase HARLOW y RAWLINGS (2009, pp. 22 y ss. y 31 y ss.)].

<sup>34</sup> Puede verse un detallado análisis del precepto en BELADIEZ (1994, pp. 132 y ss.).

El art. 63.2 LRJPAC ordena al órgano judicial que solo anule una actuación en la que haya habido defectos formales si esos defectos son relevantes desde el punto de vista del resultado de dicha actuación: si el vicio formal objetivamente determina que el acto no pueda cumplir el interés público a cuyo servicio lo puso su regulación legal (“requisitos formales indispensables para alcanzar su fin”); o subjetivamente ha determinado la pérdida efectiva de oportunidades de defensa de los interesados (“indefensión”).

La norma de conducta puede obligar a la Administración a solicitar un informe o un dictamen, a conceder un trámite de audiencia o a abrir una información pública. Pero esa norma de conducta y la norma de control judicial no son simétricas, sino asimétricas. La norma de control solo permite vincular la consecuencia jurídica de la declaración de invalidez a una infracción de la norma de conducta “procedimental” si esa infracción es relevante desde el punto de vista del resultado. El criterio de examen de los defectos formales en que ha incurrido la Administración que ha de utilizar un órgano judicial es el de la relevancia para el resultado. Ese criterio es lo que, en realidad, se denomina norma de control<sup>35</sup>.

Si se reflexiona con el suficiente detenimiento y de forma realista sobre la diferencia que existe entre adoptar una decisión y controlar la legalidad de esa decisión fácilmente puede caerse en la cuenta de que el órgano judicial nunca aplica las normas de conducta dirigidas a la Administración como si él fuera la Administración. Ni siquiera en el caso de que una norma de conducta programe de forma completa materialmente una decisión administrativa (actuación reglada de la Administración) se puede decir que el órgano judicial controla la legalidad de la decisión administrativa adoptando él mismo la decisión y anulando la decisión administrativa si no es igual que la suya. La Administración aplica las normas de conducta directamente. Los órganos judiciales las aplican indirectamente, en el sentido de que la norma de control siempre impone al órgano judicial realizar un juicio de contraste entre la decisión adoptada por la Administración y la norma de conducta de la que esa decisión es aplicación. La aplicación de la norma de conducta por parte del órgano judicial es siempre indirecta, a través de ese juicio de contraste.

Pensemos en un supuesto de actividad reglada de la Administración en el ámbito del planeamiento urbanístico, como es —según se ha dicho ya— la clasificación del suelo como urbano. La norma de conducta que dirige esta actuación administrativa obliga al plan a clasificar unos terrenos como urbanos si se cumple un programa materialmente completado por la norma: que los terrenos cuenten con determinados servicios urbanísticos. La norma de control que utiliza el órgano judicial puede expresarse diciendo, en casos como este, que el juez tiene que hacer un juicio sobre si la decisión “a” adoptada por la Administración es correcta como aplicación de la

---

<sup>35</sup> En el ámbito material del urbanismo véanse, por ejemplo, las SSTS, 3ª, 14.2.2007 (RJ 2007\1803; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 3º; 21.2.2011 (RJ 2011\1244; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 9º; 23.3.2011 (RJ 2011\2529; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 2º (falta de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental en el procedimiento de elaboración de un Plan Especial de Protección: se declara la nulidad de pleno Derecho, entre otros motivos, porque el defecto es relevante para el resultado; era necesario obtener las informaciones que se aportan en ese estudio para decidir correctamente); 8.11.2012, FD 5º.

norma de conducta "A". Puede expresarse la idea que quiere transmitirse aquí diciendo que el órgano judicial aplica la norma "A" indirectamente, al formular el juicio sobre si la decisión impugnada es correcta o no. Es cierto que, en supuestos como el presente, si el órgano judicial invalida la decisión administrativa, se está al borde de poder decir que ese órgano aplica directamente la norma de conducta para condenar a la Administración a adoptar la decisión correcta.

La asimetría entre la norma de conducta y la norma de control es mayor en el caso de decisiones discrecionales y, por tanto, de control judicial (generalmente) negativo (el juez puede eliminar la decisión contraria a Derecho, pero no decidir qué es lo conforme a Derecho).

Pensemos en el ejemplo de la elección en el plan sobre el sistema de actuación de una unidad de ejecución (expropiación, reparcelación o compensación; supuesto de discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica; art. 153 RGU). La discrecionalidad que la norma atribuye a la Administración en este caso –conforme a lo que se ha dicho más arriba– consiste en el poder de completar el supuesto de hecho con nuevos criterios (que deben ser explicitados por la Administración como motivación de la decisión) que justifiquen por qué se elige una u otra consecuencia jurídica (uno u otro sistema de actuación). La norma de control judicial, según el estado actual de la jurisprudencia en esta materia, en un supuesto como este, impone al juez realizar un juicio de contraste entre la decisión administrativa y la norma de conducta aplicada con el criterio de la razonabilidad–arbitrariedad contenido en el art. 9.3 CE. Sobre esto se volverá con detalle más adelante. Aquí bastará con decir que el órgano judicial examina si la decisión sobre la elección del sistema de actuación está suficiente y convincentemente motivada por la Administración. De nuevo puede repetirse aquí –con una expresión que, sobre todo, tiene pretensión gráfica– que el órgano judicial no aplica directamente el art. 153 RGU, sino indirectamente, al hacerse la pregunta: ¿es "aceptable" la decisión administrativa adoptada como aplicación del art. 153 RGU?<sup>36</sup>

La norma de control se deja formular como una regla (en el sentido estricto de la expresión)<sup>37</sup> que contiene los criterios<sup>38</sup> con ayuda de los cuales se lleva a cabo el examen de la decisión

---

<sup>36</sup> A través de la necesidad de que en el juicio de contraste al que se hace referencia en el texto el órgano judicial atiende a la norma de conducta aplicada por la Administración puede hacerse compatible, al menos en su resultado, la tesis que aquí se propone con la de BACIGALUPO (1997, pp. 78 y 82, *passim*), que sostiene que las normas de conducta dirigidas a la Administración son siempre normas de control dirigidas a los órganos judiciales (correlación entre la densidad de la programación normativa de la actuación administrativa y la intensidad de su control judicial).

<sup>37</sup> Véase, por todos, ALEXY (1996, pp. 75-76).

<sup>38</sup> En la jurisprudencia constitucional, desde hace años, a ese criterio para el examen de decisiones del poder público impugnadas ante el Tribunal Constitucional se le llama *canon*. Por ejemplo, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), las decisiones judiciales que deniegan el acceso a la jurisdicción son examinadas conforme al canon de la irrazonabilidad, la arbitrariedad, el error patente y el principio *pro actione*; mientras que las que deniegan el acceso al recurso solo se someten al canon de los tres primeros criterios mencionados. Sobre esto puede verse RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2005, pp. 261 y ss.).

administrativa para formular un juicio de validez o invalidez. En concreto, el supuesto de hecho de esa regla contiene el canon de enjuiciamiento que será utilizado por el órgano judicial (por ejemplo, en un supuesto de discrecionalidad administrativa: “si la decisión ‘a’ puede calificarse de arbitraria como aplicación de la norma ‘A’...””) y la consecuencia jurídica prevista para el caso de que se cumpla ese supuesto de hecho es la declaración de invalidez (“... el órgano judicial anulará dicha decisión”). Para el supuesto de los defectos formales al que también se ha hecho referencia más arriba, por ejemplo, la norma de control se puede formular conforme a la siguiente regla: “si el defecto procedimental en que ha incurrido la Administración puede calificarse como relevante para el resultado de la decisión, esta ha de anularse”.

Lo que realiza el órgano judicial llamado a pronunciarse sobre una impugnación de la decisión administrativa es una subsunción de la actuación administrativa cuestionada bajo la regla que expresa la norma de control. Que se hable aquí de subsunción no debe conducir a pensar que el proceso de razonamiento y argumentación del órgano judicial sea necesariamente sencillo y más bien marcado por el automatismo que, en un primer momento, sugiere el término “subsunción”. Calificar una decisión como arbitraria o un defecto formal como relevante para el resultado puede exigir del órgano judicial, en ocasiones, argumentaciones sofisticadas que presten atención detallada a las circunstancias del caso concreto y se sirvan de ideas prescriptivas obtenidas de principios y valores constitucionales.

### **3.2. La simetría entre norma de conducta y norma de control en los supuestos de decisiones regladas (completamente programadas). El control positivo**

En los supuestos en que la norma contiene un programa completamente definido que vincula un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica (en el ámbito del plan urbanístico, por ejemplo, la clasificación del suelo como urbano o no urbanizable de especial protección) puede hablarse prácticamente de simetría entre la norma de conducta dirigida a la Administración y norma de control judicial.

Ya se ha dicho que, en estos casos, la norma de control se puede formular como una regla conforme a la cual el juez debe declarar la invalidez de la decisión administrativa (consecuencia jurídica) si llega a la conclusión de que esa decisión administrativa ‘a’ es incorrecta como aplicación de la norma ‘A’ (supuesto de hecho de la norma de control). Obviamente, al examinar la corrección de la decisión administrativa, puede el juez tanto corregir la fijación de los hechos realizada por la Administración, como la interpretación y aplicación a los hechos de la norma de que se trate.

La distinción entre norma de conducta y norma de control aquí solo responde a la inevitable diferencia que siempre existe entre decidir y controlar conforme a criterios jurídicos la decisión adoptada por otro. Al remitir la norma de control a un juicio de contraste (entre la decisión administrativa y la norma de conducta) que se pregunta si la decisión es “la correcta” aplicación de la norma dirigida a la Administración la simetría entre ambas normas es máxima. Si la

conclusión del examen judicial es que la decisión administrativa no es la correcta, el juez puede condenar al órgano administrativo a adoptar precisamente la decisión exigida por el programa normativo completo, sin que entre en juego la prohibición dirigida al órgano judicial de “determinar el contenido discrecional de los actos anulados” (art. 71.2 LJCA). El control del órgano judicial es positivo: la determinación de lo que concretamente “debe ser” en sustitución de la decisión que se anula.

### **3.3. La asimetría entre norma de conducta y norma de control en los supuestos de decisiones discrecionales. El contenido de la norma de control judicial. El control negativo**

La norma de conducta reguladora de la decisión sobre el plan obliga a la Administración a “lograr la mejor ordenación posible”<sup>39</sup>. La norma de control solo permite al órgano judicial eliminar las decisiones jurídicamente inaceptables. Con estas dos frases creo que se pone gráficamente de manifiesto lo que aquí se quiere decir cuando se habla de la asimetría entre la norma de conducta y la norma de control. La norma de conducta pretende dirigir la actuación administrativa para que esta adopte una decisión óptima. La norma de control solo permite al órgano judicial eliminar la decisión cuando esta no cumple con un mínimo. Sería ridículo delimitar el alcance de la norma de conducta reduciéndolo conforme al criterio de la norma de control, esto es, aceptar que la legislación urbanística autonómica regula el planeamiento con el objeto de que la Administración apruebe planes “que no contengan decisiones inaceptables”.

La norma de control que más frecuentemente utilizan los órganos judiciales en la actualidad para llevar a cabo su función de examinar desde la perspectiva del Derecho las decisiones discrecionales del plan se puede condensar en la siguiente regla: “si la decisión administrativa “a” puede calificarse de inaceptable (inmotivada o irracional en el sentido del principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE) como aplicación de la norma “A” (supuesto de hecho de la norma de control) debe declararse su invalidez” (consecuencia jurídica).

Por supuesto que existe, a los efectos de proporcionar criterios jurídicos para la revisión jurisdiccional de las decisiones impugnadas, una correlación entre normas de conducta y normas de control<sup>40</sup>. Sin duda, una mayor densidad de programación de las primeras determinará un proporcional aumento de los criterios con los que realizar el juicio de contraste entre la decisión “a” y la norma “A” por el órgano judicial que conoce de la impugnación. Pero esa correlación no debe, a mi juicio, conducir a olvidar la distinta función de ambos tipos de normas y a ocultar que verdaderamente puede hablarse de asimetría: la norma de conducta dirige la actividad de la Administración para que esta adopte el mejor plan de los posibles y la norma de control permite al órgano judicial solo eliminar las decisiones que no cumplen un mínimo exigido por el Derecho que se expresa sintéticamente en la regla transcrita con el calificativo “aceptable”<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Por todas, STS, 3ª, 8.11.2012, FD 3º.

<sup>40</sup> BACIGALUPO (1997, pp. 78 y 82, *passim*) y BELTRÁN DE FELIPE (1995, pp. 111 y 203, *passim*).

<sup>41</sup> La asimetría se expresa correctamente cuando afirma el Tribunal Supremo: “el Derecho no siempre proporciona la Tribunal todos los datos necesarios para sustituir el acto administrativo por el jurisdiccional, por lo que, en

Según se ha expuesto al comienzo de este trabajo, se parte aquí de la tesis de la uniformidad esencial del contenido de la discrecionalidad: la discrecionalidad administrativa siempre consiste en la facultad atribuida por la norma a la Administración de completar o crear (conforme a criterios o parámetros decididos o “encontrados” por ella misma) el supuesto de hecho normativo imperfecto o inexistente de una norma para atribuirle justificadamente una consecuencia jurídica. Esto es así tanto cuando el supuesto de hecho de la norma que debe aplicar la Administración utiliza conceptos normativos indeterminados, como cuando a la Administración le concede la norma discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica o, también, en los casos de “discrecionalidad planificadora”. A la Administración atribuye la norma el poder de integrar o crear con nuevos criterios el supuesto de hecho<sup>42</sup> y, por descontado, también le impone el deber de explicitar esos criterios “nuevos” que justifican la vinculación al caso de una consecuencia jurídica.

A la uniformidad esencial del contenido de la discrecionalidad debería corresponder una uniformidad esencial del contenido de la norma de control del ejercicio de la discrecionalidad. Conforme a la expresión de la norma de control a la que se acaba de hacer referencia, en cualquier caso de discrecionalidad administrativa el control que lleva a cabo el órgano judicial debería consistir en exigir que los criterios con los que la Administración completa o crea el supuesto de hecho para adoptar una decisión hayan sido explicitados en el procedimiento y no sean inaceptables desde la perspectiva del Derecho.

Por eso considero incorrecta la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de control de la discrecionalidad del planeamiento que sostiene que, cuando la Administración aprueba el plan, existe una diferencia cualitativa —y de enorme trascendencia práctica, por cierto— entre el control de la aplicación de conceptos normativos indeterminados y el control de lo que se denomina “genérica potestad de planeamiento”. Se detecta con claridad la (a mi juicio, incorrecta) tesis

---

dicha medida, la actividad discrecional no resulta enteramente enjuiciable jurisdiccionalmente”; más allá de los parámetros o criterios que proporciona el Derecho (la norma que atribuye la discrecionalidad, los principios constitucionales, etc.) corresponde a la Administración elegir conforme a sus criterios entre “posibles varias soluciones, todas igualmente lícitas y justas —y, por tanto, indiferentes para el Derecho—” [STS, 3ª, 8.3.2012 (RJ 2012\4415; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 6º].

<sup>42</sup> Se refiere la STS, 3ª, 2.3.2010 (RJ 2010\4168; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 5º, a la “delegación de facultades en que consiste en último término la discrecionalidad”. Con independencia de su precisión, la expresión es gráfica. La norma que atribuye la potestad discrecional habilita a la Administración para que complete con criterios adicionales o cree completamente el supuesto de hecho al que se vincula una consecuencia jurídica. Por eso dice BACIGALUPO (1997, p. 184) que el ejercicio de la discrecionalidad por la Administración es una tarea “materialmente *normativa*” (cursiva original). A eso puede añadirse que, en los supuestos a los que se ha hecho referencia más atrás, en los que la legislación urbanística prevé que la Administración no solo complete o cree el supuesto de hecho, sino también cree la consecuencia jurídica en el marco de lo previsto normativamente (por ejemplo, calificación urbanística: atribución de usos, intensidades y tipologías), la función administrativa no es normativa únicamente en ese sentido, sino propiamente normativa.

mencionada en la STS, 3ª, 3.7.2007 (RJ 2007\3753; MP: Segundo Menéndez Pérez), sobre la impugnación de la reclasificación por el PGOU de Madrid de 1997 como suelo urbanizable de terrenos que en el PGOU de 1985 eran suelo no urbanizable protegido.

El Tribunal Supremo acepta la declaración de nulidad que había realizado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de la mayor parte de las reclasificaciones con el argumento —que debe compartirse— de que no es lo mismo clasificar *ex novo* unos terrenos (rústicos comunes) como urbanizables que clasificar como urbanizables unos terrenos que hasta la aprobación del nuevo plan eran suelo no urbanizable protegido. La clasificación como urbanizables de los terrenos hubiera exigido una clara exposición de las razones que justificaban esa decisión, razones que habían de hacer referencia a la desaparición de los valores que antes habían justificado la clasificación de los terrenos como no urbanizables en “aplicación reglada de conceptos normativos indeterminados” (FD 10º).

Lo que —en mi opinión— no puede aceptarse es la descripción de la “genérica potestad de planeamiento” que hace la resolución del Tribunal Supremo, quizás exagerando a efectos dialécticos su diferencia con el margen de decisión (que también es discrecionalidad en mi opinión, pero no en la del Tribunal Supremo) atribuido por los conceptos normativos indeterminados. Dice la sentencia que el fallo podría haber sido distinto si se estuviera ante la “genérica potestad de planeamiento”, porque, en este caso, la discrecionalidad que con carácter general se predica de ella permitiría a la Administración “ampararse solo en la presunción de racionalidad del nuevo planeamiento en su conjunto, que hubiera de ser combatida y destruida por el impugnante” (FD 17º). La tesis del Tribunal Supremo es incorrecta pero meridianamente clara: si hay conceptos normativos indeterminados la Administración debe explicitar los criterios con los que los aplica; pero si hay “genérica potestad de planeamiento” —así se da a entender— la Administración no tendría nada que explicitar, porque la “presunción de racionalidad” blinda la decisión sin necesidad de motivación y lanza sobre el recurrente la carga de argumentar y probar que el resultado de la decisión administrativa es irracional<sup>43</sup>.

Sobre esto se volverá con detalle más adelante, pero ya se ha dicho lo suficiente para caer en la cuenta de que la doctrina del Tribunal Supremo es, en este punto, inaceptable. La discrecionalidad siempre consiste, en esencia, en completar o crear un supuesto de hecho con nuevos criterios; y siempre obliga también a la Administración, en esencia (pueden admitirse algunas diferencias de grado), a expresar precisamente los criterios con los que se ha vinculado a un supuesto de hecho incompleto o inexistente en la norma una consecuencia jurídica. No hay diferencia cualitativa o esencial posible entre la aplicación de conceptos normativos indeterminados y una (muy mal identificada y descrita por el Tribunal Supremo) “potestad general de planeamiento”.

---

<sup>43</sup> La doctrina se repite en la STS, 3ª, 3.7.2009 (RJ 2009\5902; MP: Pilar Teso Gamella), sobre reclasificación de terrenos que pasan de ser suelo no urbanizable de especial protección a ser urbanizable con uso residencial (véanse, en especial, FD 8º-9º).

La asimetría entre la norma de conducta y la norma de control en el caso de decisiones discrecionales —como ya se ha dicho— determina que, con carácter general, el control judicial solo pueda ser negativo<sup>44</sup>: el juez está facultado para eliminar la decisión “a” que pueda considerarse inaceptable (irracional o inmotivada en el sentido de la prohibición de la arbitrariedad del art. 9.3 CE) como aplicación de la norma “A”, pero no tiene generalmente parámetros para imponer a la Administración una concreta decisión como la exigida por el Derecho<sup>45</sup>.

Excepcionalmente, sin embargo, puede suceder que, a partir de la aplicación de los propios criterios que la Administración ha ido explicitando a lo largo del procedimiento (y de los que queda constancia en el expediente) y de su interacción con las circunstancias fácticas del caso, el margen de discrecionalidad de la Administración se cierre (reducción de la discrecionalidad a cero), de forma que solo una de las decisiones posibles sea aceptable (en el sentido indicado más arriba). En estos supuestos el órgano judicial puede imponer esa única solución aceptable a la Administración sin vulnerar la prohibición dirigida al órgano judicial de “determinar el contenido discrecional de los actos anulados” (art. 71.2 LJCA).

Pueden ofrecerse dos ejemplos de la jurisprudencia de los últimos años en materia de control de la discrecionalidad de planeamiento urbanístico. Es sabido que la clasificación del suelo como urbanizable es discrecional, pero si el plan impugnado ha clasificado como suelo no urbanizable un espacio destinado a estación depuradora casi por completo rodeado de suelo urbano, puede el órgano judicial, después de anular la clasificación de ese terreno como no urbanizable, ordenar que se clasifique como urbanizable, porque esa es “la única clasificación racional” que queda<sup>46</sup>. Y si se ha calificado la finca de la que se trata como terreno destinado a la ampliación de la feria de muestras y el suelo no es urbano, también puede condenarse a la Administración a clasificar el terreno como urbanizable, única clasificación racionalmente posible, ya que tampoco es admisible la de suelo no urbanizable, porque el terreno está destinado a ser urbanizado<sup>47</sup>.

El Tribunal Supremo ha considerado que cuando un órgano judicial sustituye una decisión de la Administración por otra, sin que se trate de supuestos de programación completa de la actividad administrativa (actuación reglada) o de una correcta apreciación de la reducción de la discrecionalidad a cero, aquel incurre en “abuso de jurisdicción” a los efectos de fundar un

---

<sup>44</sup> Véanse, cada uno desde la perspectiva de sus propios presupuestos argumentativos, BACIGALUPO (1997, pp. 207 y ss.); y BELTRÁN DE FELIPE (1995, pp. 96-100).

<sup>45</sup> Por ejemplo, SSTS, 3ª, 13.5.2008 (RJ 2008\2056; MP: Jesús Ernesto Peces Morate), FD 3º; 6.11.2009 (RJ 2010\1703; MP: Pilar Teso Gamella), FD 5º-6º; 28.10.2010 (RJ 2010\7728; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 6º; y 15.7.2011 (RJ 2011\6524; MP: Mariano de Oro-Pulido López), FD 5º-6º.

<sup>46</sup> STS, 3ª, 4.7.2006 (RJ 2006\5149; MP: Jesús Ernesto Peces Morate), FD 2º.

<sup>47</sup> STS, 3ª, 21.1.2011 (RJ 2011\332; MP: Pilar Teso Gamella), FD 10º.

recurso de casación [art. 88.1 a) LJCA]<sup>48</sup>.

### 3.4. Cuadro explicativo y nueva recapitulación

Las ideas expuestas hasta ahora se pueden proyectar gráficamente en el siguiente cuadro, cuya sucinta explicación servirá para recapitular de nuevo lo que se ha dicho hasta ahora y anunciar el resto del contenido de este trabajo:

#### NORMAS REGULADORAS DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS SOBRE PLANEAMIENTO Y NORMAS DE CONTROL JUDICIAL SOBRE ESAS DECISIONES

##### Tipo de discrecionalidad según estructura teórico-normativa

No discrecionalidad: decisiones regladas por totalmente programadas	Discrecionalidad conceptos normativos indeterminados en supuesto de hecho	Discrecionalidad determinación consecuencia jurídica	Discrecionalidad planificadora	Discrecionalidad planificadora + normativa
---	---	--	--------------------------------	--

##### Ejemplos de diversas decisiones administrativas sobre planeamiento

Clasificación suelo urbano o no urbanizable especial protección	Clasificación suelo no urbanizable por valor agrícola, forestal...	Elección sistema de actuación en unidad de ejecución	Clasificación suelo urbanizable o no urbanizable por inadecuación	Calificación urbanística
---	--	--	---	--------------------------

##### Tipo de actividad administrativa desde la perspectiva de las formas de actuación de la Administración

Aplicación o ejecución del Derecho: acto	Creación de Derecho: norma
--	----------------------------

##### Contenido de la discrecionalidad atribuida a la Administración

Ninguna	Completar o crear supuesto de hecho normativo con criterios adicionales para vincularle esta o aquella consecuencia jurídica	Crear por ponderación supuesto de hecho al que vincular consecuencia jurídica adecuada al principio prevalente de las previstas por la norma	Crear por ponderación supuesto de hecho al que vincular consecuencia jurídica adecuada al principio prevalente y también creada por la Administración
---------	--	--	---

<sup>48</sup> Por ejemplo, SSTS, 3ª, 30.11.2011 (RJ 2012\2560; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 4º; y 27.9.2012 (RJ 2012\9484; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 2º. En este segundo caso, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, después de anular la clasificación como urbanos de unos terrenos y el trazado de unos viarios (por considerarlo irracional), había ordenado la clasificación de aquellos terrenos como urbanizables y había dado unos criterios conforme a los cuales debía trazarse el viario. En Tribunal Supremo casa en cuanto a estos últimos pronunciamientos la sentencia de instancia por "abuso de jurisdicción" [art. 88.1 a) LJCA].

**Forma de dirección de la actividad administrativa**

Programas condicionales	Programas finales
-------------------------	-------------------

**Método de adopción de la decisión administrativa**

Subsunción	Ponderación
------------	-------------

**Norma de control judicial**

Simetría norma conducta y control: control positivo	Asimetría norma conducta y control: control negativo		
Si la decisión 'a' es incorrecta como aplicación de la norma 'A' se declara la invalidez	Si la decisión administrativa 'a' puede calificarse de inaceptable (inmotivada, irracional...) como aplicación de la norma 'A' se declara la invalidez	Si la decisión 'a' no es ponderada como aplicación de los principios 'A' y 'B' se declara la invalidez	Si la norma 'N' no es ponderada como desarrollo de los principios 'A' y 'B' se declara la invalidez

	En estos ámbitos se sitúa la cuestión de la evolución de la norma de control judicial a la que se hace referencia en el apartado siguiente de este trabajo
--	--

Las ideas se estructuran a través de cinco columnas básicas que recorren el cuadro de arriba abajo. El cuadro pone en conexión, en primer lugar, una clasificación en cinco celdas de los tipos de discrecionalidad administrativa que tiene en cuenta la estructura lógico-formal de las normas que la atribuyen<sup>49</sup> con cinco ejemplos de decisiones que adopta el planeamiento: i) inexistencia de discrecionalidad porque la norma jurídico-administrativa contiene el programa completo de la decisión que debe adoptar la Administración: clasificación del suelo como urbano o como no urbanizable de especial protección [art. 9.1 LRSV 1998; cuya regulación ha sido incluida en el art. 12.2 a) TRLS 2008, que se refiere, sin embargo, en general, a todas las categorías de suelo no urbanizable]; ii) discrecionalidad derivada de la utilización por la norma de conceptos jurídicos indeterminados en su supuesto de hecho: clasificación del suelo como no urbanizable por concurrir valores agrícolas, forestales, etc. [art. 9.2 (primer inciso) LRSV 1998; hoy, art. 12.2 a) TRLS 2008, conforme acaba de decirse]; iii) discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica: facultad de la Administración de elegir entre la expropiación, la compensación o la reparcelación como sistema de actuación por el que va a ejecutarse el plan en una unidad de ejecución (art. 153 RGU); iv) discrecionalidad planificadora: clasificación del suelo como urbanizable o como no urbanizable común por inadecuación para su desarrollo urbano [art. 9.2 (segundo inciso, en su redacción originaria) LRSV 1998; y art. 2.2 b) TRLS 2008]; y v) discrecionalidad planificadora y normativa (creación del supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica no predeterminada en la norma): calificación urbanística (atribución de uso,

<sup>49</sup> En el sentido del análisis realizado por BACIGALUPO [1997, pp. 107 y ss. (el capítulo II de la obra)].

intensidad y tipología edificatoria de unos terrenos clasificados como suelo urbanizable).

En la fila siguiente el criterio ordenador es el del tipo de la actividad administrativa desde la perspectiva clásica de las formas de actuación de la administración (acto, norma, etc.). Los cuatro primeros tipos de discrecionalidad referidos (i, ii, iii y iv) dan lugar a decisiones aplicativas o ejecutivas del Derecho, son actos; la discrecionalidad normativa (v) autoriza a la Administración a crear Derecho dictando normas.

La fila siguiente se pregunta en qué consiste el poder discrecional atribuido por la legislación urbanística autonómica a la Administración que aprueba el plan: i) en los supuestos de decisiones regladas no hay discrecionalidad; ii) y iii) cuando la norma regula la decisión utilizando conceptos normativos indeterminados en el supuesto de hecho o permitiendo escoger entre varias consecuencias jurídicas, la discrecionalidad consiste en la atribución a la Administración aplicadora del Derecho del poder de completar (o crear íntegramente) el supuesto de hecho normativo con criterios adicionales (que deben ser explicitados en el procedimiento) que justifican que se vincule al caso esta o aquella consecuencia jurídica; iv) según se ha expuesto en el apartado 2) de este trabajo, cuando la norma atribuye a la Administración discrecionalidad planificadora en sentido propio, el supuesto se singulariza (no esencial o cualitativamente, sino a través de una diferencia accidental) porque la creación o construcción del supuesto de hecho de la norma ha de llevarla a cabo la Administración a través de un específico método (de una estructura racional consolidada y peculiar de argumentar jurídicamente) que es el de la ponderación: la regla de prevalencia condicionada, en la que se expresan las condiciones bajo las cuales prevalece un principio sobre otro, constituye la expresión completa del supuesto de hecho creado por la Administración al que se vincula la consecuencia jurídica adecuada al principio que se ha considerado prevalente; y v) en los supuestos en los que a la discrecionalidad planificadora se añade la normativa, la Administración crea por ponderación el supuesto de hecho [como acaba de exponerse para iv)] al que se vincula una consecuencia jurídica que es adecuada al principio prevalente y es también creada (en el marco de lo previsto por la legislación urbanística) por la Administración.

A continuación se presta atención a la forma en que la norma dirige la actividad administrativa: la actividad reglada (i) y la discrecional por la concurrencia de conceptos normativos indeterminados (ii) o de la facultad de elegir entre consecuencias jurídicas (iii) se dirige por reglas que tienen la estructura de programas condicionales (“si se dan estos elementos del supuesto de hecho, ha de vincularse al caso esta o aquella consecuencia jurídica”); la discrecionalidad planificadora (iv) y la planificadora-normativa (v) se dirige por programas finales, principios o mandatos de optimización que deben ser cumplidos por la decisión administrativa “en la medida de lo posible”. Con esta fila del cuadro está directamente vinculada la siguiente relativa al método de adopción de la decisión administrativa: los programas condicionales (i, ii y iii) se aplican por subsunción; la dirección finalística de la actividad administrativa (iv y v) exige ponderar entre los principios que, frecuentemente, entran en conflicto para adoptar decisiones de prevalencia justificadas.

Por último, se presta atención en el cuadro a la norma de control utilizada por el órgano judicial para cumplir con su función de examinar la legalidad de la actuación administrativa. En los supuestos de actividad reglada de la Administración (i) puede hablarse de una simetría entre la norma de conducta que dirige su actividad y la norma de control; y de un tipo de control positivo. La norma de control puede formularse como una regla con la siguiente estructura: “si la decisión ‘a’ es incorrecta como aplicación de la norma ‘A’ debe declararse la invalidez”.

Todos los supuestos de actividad discrecional de la Administración (ii, iii, iv y v) pueden caracterizarse —según se ha expuesto más arriba— por la existencia de una asimetría entre la norma de conducta y la norma de control; y de un control negativo (que no declara lo que debe ser, sino lo que no puede ser). En el estado actual de la jurisprudencia contencioso-administrativa, la norma que con más frecuencia utilizan los órganos judiciales para controlar la decisión discrecional de la Administración en materia de planeamiento urbanístico se deja formular a través de la siguiente regla: “si la decisión ‘a’ puede calificarse de inaceptable (por inmotivada o irracional en el sentido de la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE) como aplicación de la norma ‘A’, el órgano judicial ha de declarar la invalidez”.

En lo que queda de este trabajo se va a centrar la atención en la norma de control utilizada por los órganos judiciales para controlar las decisiones administrativas dotadas de discrecionalidad propiamente planificadora (iv y v). La norma de control derivada del principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE se ha aplicado con versiones y contenidos distintos. Puede hablarse verdaderamente de una evolución de esa norma de control.

Conforme a lo que ya se expuso en un trabajo anterior<sup>50</sup>, a mi juicio, en los casos de discrecionalidad planificadora (iv y v) la norma de control que debería utilizarse por los órganos judiciales ha de ser algo más densa que la mencionada (derivada por el Tribunal Supremo del art. 9.3 CE). El control judicial debería utilizar un específico método de control de la ponderación. Aquí se propone que para los supuestos de discrecionalidad planificadora-aplicativa (iv) se utilice una norma de control que quede formulada conforme a la regla: “si la decisión ‘a’ no es ponderada como aplicación de los principios ‘A’ y ‘B’ se declara la invalidez”; y para la discrecionalidad planificadora-normativa (v) la regla: “si la norma ‘N’ no es ponderada como desarrollo de los principios ‘A’ y ‘B’ se declara la invalidez”.

Como se verá a continuación, ya se han dado algunos pasos en esta dirección por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años. Esta es —según creo— la dirección correcta, en la que hay que estar siempre alerta, sin embargo, para que la mayor densidad del control no degenere en una invasión por los jueces de ámbitos decisorios que no les corresponden. Los estudios metodológicos sobre la ponderación están ya —a mi juicio— lo suficientemente maduros como para utilizar un control de este tipo sin riesgo de que se excedan los límites del control estrictamente jurídico que el art. 106.1 CE encomienda a los jueces sobre la actividad administrativa.

---

<sup>50</sup> Véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2009, pp. 128 y ss.).

#### ***4. Análisis metodológico de la evolución de la norma de control judicial de las decisiones administrativas dotadas de discrecionalidad propiamente planificadora (años 2000-2013)***

##### **4.1. La formulación tradicional de la norma de control**

Con el propósito de potenciar la claridad expositiva se ha dicho hasta ahora que la norma de control que utilizan los órganos judiciales para examinar la legalidad de la actividad discrecional de la Administración se dejaba formular a través de la siguiente regla: “si la decisión administrativa ‘a’ puede calificarse de inaceptable (inmotivada o irracional en el sentido de la prohibición de la arbitrariedad del art. 9.3 CE) como aplicación de la norma ‘A’ debe declararse la invalidez de aquella”. Ha llegado el momento de prestar una atención más detallada a otros “cánones” (distintos del principio de interdicción de la arbitrariedad) que, según la jurisprudencia, también pueden determinar que, como resultado del contraste entre la norma de conducta y la concreta decisión impugnada, el órgano judicial pueda realizar el juicio de que la decisión es inaceptable.

Con esto solo se está presentado en el contexto de las ideas expuestas en este trabajo la cuestión ya clásica de los criterios que desde hace décadas utiliza la jurisdicción contencioso-administrativa para controlar la discrecionalidad de la Administración. Es este uno de los casos más llamativos que se encuentran en la historia reciente del Derecho administrativo español de la “doctrina como prejurisprudencia”<sup>51</sup>, porque las tesis expuestas por Eduardo García de Enterría en los años 60<sup>52</sup> se convirtieron casi literalmente en “el canon” del control de la discrecionalidad de la Administración y alcanzaron una “relevancia rigurosamente trascendental para nuestro Derecho realmente vivido”<sup>53</sup>.

Bastará aquí con recordar sintéticamente el esquema de ese canon de control, suficientemente conocido<sup>54</sup>: el órgano judicial siempre puede controlar la fijación de los hechos realizada por la Administración, previa a cualquier correcta subsunción bajo reglas o principios (control de los hechos determinantes); también puede controlarse que, si a lo largo del procedimiento la

---

<sup>51</sup> Así, DELGADO BARRIO (1993, pp. 25-26).

<sup>52</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (1962, pp. 159 y ss.). Una versión posterior del trabajo apareció en Cuadernos Cívitas como libro: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1974; y pasó al *Curso de Derecho administrativo I* (con Tomás-Ramón FERNÁNDEZ); puede verse, por ejemplo, en la 4ª edición, de 1983, pp. 439 y ss., bajo la rúbrica “las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad”.

<sup>53</sup> DELGADO BARRIO (1993, p. 25).

<sup>54</sup> Expuesto, por ejemplo, en las SSTs, 3ª, 9.2.2009, FD 5º; 2.3.2010 (RJ 2010\4168; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 5º; 5.7.2012 (RJ 2012\8469; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 5º. Lo que aquí se expone sintéticamente está desarrollado con detalle en TRAYTER (1996, pp. 407 y ss.); DESDENTADO (1999, pp. 434 y ss.); y PONCE (1996, pp. 152 y ss.).

Administración ya ha adoptado decisiones sobre criterios con los que ejercerá la facultad discrecional, las concretas decisiones finales sean coherentes con aquellos criterios generales; entre los elementos reglados de cualquier actuación administrativa (también la discrecional) se encuentra el fin previsto por la norma, por lo que siempre es posible el control de la desviación de poder (art. 70.2 LJCA); y, por último (pero lo más importante en la práctica), cualquier decisión discrecional puede ser contrastada con las exigencias derivadas de los principios generales del Derecho: la prohibición de la arbitrariedad y la exigencia de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)<sup>55</sup>, la igualdad (art. 14 CE)<sup>56</sup>, el principio de proporcionalidad, la satisfacción de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE)<sup>57</sup> y del interés público (art. 103.1 CE)<sup>58</sup>, etc.

Puede dejarse ahora de lado la cuestión de si son lo mismo los principios generales del Derecho que los principios como mandatos de optimización<sup>59</sup>, la cuestión de cómo cabe calificar desde esta perspectiva los principios constitucionales<sup>60</sup> y la de si el principio de proporcionalidad funciona realmente como un principio o como una regla<sup>61</sup>.

Lo que aquí se quiere destacar es que todos esos “cánones” sirven para que el juez, al contrastar la decisión concreta adoptada con la norma de conducta de la que es aplicación, formule el juicio relativo a si dicha decisión es aceptable o inaceptable. Y su funcionamiento en la práctica ha llevado al Tribunal Supremo, en un juicio auto-reflexivo sobre su propia actividad de control de la actuación administrativa discrecional, a afirmar que la aplicación de estos criterios de control constituye “uno de los más importantes logros jurisprudenciales en materia urbanística”<sup>62</sup>.

El examen detallado de los últimos catorce años de jurisprudencia en esta materia permite concluir, sin embargo, con rotundidad, que la norma de control a la que se ha sacado más partido y que constituye el canon de aplicación claramente predominante (casi universal, podría decirse)

---

<sup>55</sup> Expresamente destacado, por ejemplo, en la STS, 3ª, 3.7.2008 (RJ 2008\3412; MP: Pilar Teso Gamella), FD 6º.

<sup>56</sup> Expresamente destacado, por ejemplo, en la STS, 3ª, 5.7.2012, FD 5º.

<sup>57</sup> Expresamente destacado, por ejemplo, en la STS, 3ª, 3.7.2008, FD 6º.

<sup>58</sup> Expresamente destacado, por ejemplo, en la STS, 3ª, 5.7.2012, FD 5º.

<sup>59</sup> Puede verse sobre esto, por ejemplo, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2009a, pp. 44 y ss.).

<sup>60</sup> Véase, por ejemplo, ARAGÓN (1989, pp. 80 y ss.): “los principios constitucionalizados ocupan, en las fuentes del Derecho, el lugar de la Constitución, simplemente porque son Constitución” (p. 83).

<sup>61</sup> Expone, ALEXY (1996, p. 100, en nota 84), a mi juicio, con razón, que los tres subprincipios del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto) “no se ponderan contra nada”; funcionan como reglas: se cumplen o no se cumplen.

<sup>62</sup> STS 9.2.2009, FD 5º. Algo muy parecido se ha dicho en Alemania del control de la ponderación utilizado por los órganos judiciales para examinar el plan urbanístico: “uno de los grandes logros del Derecho judicial de los últimos veinte años”; véase WAHL (2013, p. 86, en nota 131), citando una frase escrita por REDEKER en 1983.

es el de la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE: la decisión urbanística se declara inválida si no es aceptable (por irrazonable o inmotivada) desde la perspectiva de las exigencias de ese precepto constitucional.

Algunas resoluciones judiciales pueden encontrarse en las que la *ratio decidendi* de una declaración de nulidad de una determinación del plan se ha buscado en otro canon distinto al de la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE: un plan que se aprueba con la finalidad de legalizar licencias ilegales (conforme al plan anterior) contra las que se había interpuesto recurso se considera que incurre en desviación de poder<sup>63</sup>; por vulnerar la igualdad se anula una determinación sobre una compatibilidad de usos (deportivos y servicios comunes al conjunto) en un área que no se prevé en las demás (donde solo cabe la vivienda)<sup>64</sup>; se considera inválida por incompatible con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE) una calificación de suelo que deja en situación de indefinición si la finca está destinada al uso privado o habrá de incorporarse al dominio público de uso público<sup>65</sup>.

Pero estos casos pueden verdaderamente calificarse de excepcionales. La norma de control judicial utiliza como criterio general para formular el juicio “decisión aceptable” o “decisión inaceptable” el de la arbitrariedad del art. 9.3 CE. Bajo ese mismo precepto constitucional se han situado, sin embargo, en relación evolutiva, dos criterios de control claramente distintos (el control de la arbitrariedad en el resultado de la decisión y el control de la arbitrariedad como simple ausencia de motivación).

Y, últimamente, conforme a lo que ya se ha adelantado más atrás (y constituye una propuesta de este trabajo), en algunas resoluciones judiciales se ha utilizado una norma de control que penetra algo más profundamente que el control de la mera existencia de motivación convincente, para adentrarse en la ponderación de la decisión. Al examen de esta evolución se dedica el resto de la exposición.

---

<sup>63</sup> STS, 3ª, 26.7.2006 (RJ 2006\6330; MP: Segundo Menéndez Pérez), FD 8º: la potestad de planeamiento no se atribuye a la Administración para “conjurar” el riesgo de la anulación de unas licencias. En el caso parecido de la STS, 3ª, 28.9.2009 (RJ 2009\7345; MP: Eduardo Calvo Rojas), sobre una modificación del plan en la que concurría la “sospecha” de que se había llevado a cabo para legalizar una licencia declarada ilegal por sentencia, o sea, para impedir la ejecución de una sentencia firme anterior, el Tribunal utiliza el art. 103.4 LJCA (nulidad de los actos y disposiciones que se dicten con la finalidad de eludir el cumplimiento de sentencias) para declarar la invalidez, después de afirmar que en supuestos como ese pesa sobre la Administración la carga de “realizar un especial esfuerzo para justificar el cambio de planeamiento” y “disipar la sospecha de que el planeamiento se altera con la intención de impedir el cumplimiento de la sentencia”, carga de motivación con la que la Administración no había cumplido (FD 4º).

<sup>64</sup> STS, 3ª, 13.4.2011 (RJ 2011\3515; MP: Jesús Ernesto Peces Morate). En este supuesto parece claro que hubiera bastado el canon de la arbitrariedad del art. 9.3 CE (entendida como falta de motivación) para la declaración de invalidez: expresamente se llama la atención en la sentencia sobre “la falta de justificación suficiente del cambio operado” (FD 4º).

<sup>65</sup> STS, 3ª, 22.9.2011 (RJ 2012\3416; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 3º-4º.

#### 4.2. El control de la arbitrariedad razonabilidad (art. 9.3 CE) en el resultado de la decisión

Como foto fija que nos permite ilustrar gráficamente la situación en la que llega la jurisprudencia relativa a la norma de control de la discrecionalidad propiamente planificadora de la Administración al año 2000 (momento elegido para el inicio del examen de esa jurisprudencia en este trabajo) puede utilizarse la ya citada exposición de Javier DELGADO: el órgano judicial ha de controlar que la decisión administrativa esté motivada (arbitrariedad del art. 9.3 CE como simple falta de motivación)<sup>66</sup> y debe excluir también las decisiones sobre planeamiento que no superan un estándar mínimo de racionalidad en su resultado (arbitrariedad del art. 9.3 CE como irracionalidad en el resultado). Son irracionales (y, por tanto, arbitrarias) en este segundo sentido: la calificación de un terreno con destino a guardería infantil en la misma manzana en la que se hace viable una industria molesta, nociva y peligrosa; el diseño de un viario con forma de cuello de botella que dificulta la circulación, con una anchura de diez metros en un extremo y cinco en el otro; etc.<sup>67</sup>

No es difícil caer en la cuenta de que ambas normas de control son muy distintas sobre el papel y en sus resultados prácticos<sup>68</sup>. La arbitrariedad como simple falta de motivación es una norma de control bastante más incisiva que la que solo permite eliminar las decisiones irracionales en su resultado. Pues bien, el cambio de la norma menos densa a la que permite un examen más profundo se ha ido produciendo a través de una evolución progresiva, de la que no está claro que la jurisprudencia sea totalmente consciente. Esto significa, igualmente, que durante más de dos décadas (por fijar fechas redondas: de 1990 a 2010) han convivido dos normas de control distintas, una que se está abandonando progresivamente (arbitrariedad como irracionalidad en el resultado) y otra que está cobrando el verdadero protagonismo (arbitrariedad ya como simple ausencia de motivación o de motivación convincente; se podría hablar aquí de irracionalidad procedimental: relativa al proceso de formación de la decisión).

Puede comenzarse la exposición del examen de la norma de control de la arbitrariedad solo como arbitrariedad en el resultado con el caso de la STS, 3ª, 4.11.2004 (RJ 2004\7708; MP: Jesús Ernesto Peces Morate): las Normas Subsidiarias de Hondarribia reclasifican una finca estatal (rodeada de suelo urbano) que pasa de ser suelo urbanizable a suelo no urbanizable. Parece tener razón el Abogado del Estado cuando afirma que se ha acordado el cambio de clasificación sin explicación ni justificación alguna (FD 1º). Desde luego, en el texto de la resolución judicial no consta ninguna explicación que ya se contuviera en el expediente administrativo. El tribunal de

---

<sup>66</sup> DELGADO (1993, pp. 41 y ss.), con cita de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (1991, p. 105): “la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario”.

<sup>67</sup> Estos y otros ejemplos de decisiones administrativas sobre el planeamiento anuladas por arbitrarias en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en DELGADO (1993, pp. 103 y ss.).

<sup>68</sup> PONCE (1996, p. 178), propuso limitar el principio de interdicción de la arbitrariedad a “lo no sujeto a las más mínimas exigencias de la racionalidad”, como algo distinto de “lo no motivado”.

instancia y el Tribunal Supremo, en sus sentencias desestimatorias, se dan, sin embargo, por satisfechos constatando que “el uso por la Administración de su discrecionalidad al aprobar el nuevo planeamiento no ha sido arbitrario, sin que la representación procesal de la Administración recurrente haya demostrado lo contrario” (FD 2º). Lo que están diciendo los órganos judiciales no es que la decisión esté motivada. Están diciendo que la decisión no es irracional y que la parte recurrente no ha conseguido acreditar la arbitrariedad.

A mi juicio, el párrafo de la jurisprudencia que mejor condensa este canon de control del planeamiento por parte de los órganos judiciales es el que afirma:

“El ejercicio del *ius variandi* que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo es materia en la que actúa discrecionalmente —que no arbitrariamente— y siempre con observancia de los principios contenidos en el art. 103 CE; de tal suerte que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales (...)”<sup>69</sup>.

Aparentemente, es difícil estar en desacuerdo con lo que aquí se dice. Y, sin embargo, la realidad que se encuentra detrás de estas palabras es una norma de control judicial del ejercicio de la discrecionalidad planificadora muy primitiva. Porque, si se reflexiona sobre lo que aquí se dice expresamente y sobre las resoluciones judiciales en las que se contiene este canon, lo que implícitamente se está afirmando se puede desglosar de la siguiente manera:

- i) La carga argumentativa y probatoria de la arbitrariedad se hace recaer sobre el recurrente.
- ii) La irracionalidad o arbitrariedad sobre la que el recurrente ha de argumentar es la que se refiere al resultado de la decisión sobre el planeamiento.
- iii) Como el debate se centra en la arbitrariedad o irracionalidad del resultado —aquí está la parte medular de la cuestión y lo que no puede aceptarse desde la perspectiva de los postulados de la Administración en el Estado de Derecho (art. 1.1 CE)— de facto se dispensa a la Administración de explicitar a lo largo del procedimiento los criterios que justifican las decisiones urbanísticas planificadoras y se hace irrelevante la circunstancia de que en el expediente no se encuentre la motivación de esas decisiones<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> SSTs, 3ª, 14.2.2007 (RJ 2007\4214; MP: Segundo Menéndez Pérez), FD 3º; 3.7.2008, FD 6º; 30.4.2009 (RJ 2009\5154; MP: Pedro José Yagüe Gil), FD 8º; 14.7.2011 (RJ 2011\6501; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 5º.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, STS, 3ª, 30.4.2009. Trataba el caso de una revisión del planeamiento municipal que dejaba las edificaciones de la recurrente en situación de fuera de ordenación (FD 2º). La sentencia del Tribunal Superior de Justicia y la del Tribunal Supremo llevan a cabo, con mucho esfuerzo, el ejercicio de motivación que debía haber llevado a cabo la Administración durante el procedimiento (véase FD 8º). El Tribunal Supremo justifica que la memoria del plan no preste atención al problema de la recurrente con el argumento —que es un tópico en esta materia, como se dirá más adelante, pero que no puede aceptarse cuando el plan afecta de forma tan incisiva al derecho de propiedad— de que “la motivación general es más que suficiente cuando se trata de una revisión”, al contrario de lo que sucede con la modificación del plan (FD 8º).

- iv) Se permite a la Administración justificar *ex post*, en sus alegaciones en el proceso impugnatorio, la razonabilidad de decisiones cuya motivación no se encuentra en el procedimiento administrativo<sup>71</sup>.
- v) Por último, se llega al colmo —en mi opinión— cuando se acepta que el órgano judicial pueda suplir a la Administración en su función de argumentar que una determinada decisión no es irracional o es racional, de forma tal que el juez reconstruye la motivación originariamente inexistente en el expediente administrativo<sup>72</sup>.

La visión completa de este cuadro general, por una parte, permite afirmar que durante demasiado tiempo la discrecionalidad planificadora administrativa ha sido entendida por la jurisprudencia como un auténtico blindaje de la decisión administrativa no motivada: se dirigía al recurrente el mensaje de que o acreditaba la arbitrariedad de la decisión o fracasaba el recurso<sup>73</sup>.

Por otra parte, el carácter manifiestamente inaceptable (por insuficiente) de este canon de control explica que —sin que nunca se haya hecho explícita la evolución— esta norma de control se haya

---

<sup>71</sup> Véase STS, 3ª, 14.7.2011: pequeña finca en suelo urbano que se hace inedificable por la aprobación de la nueva ordenanza aplicable en la zona en que se sitúa (FD 4º). La sentencia reprocha a la recurrente no haber probado la arbitrariedad de la nueva ordenación de la zona (FD 5º) y parece permitir al Ayuntamiento de Terrassa que justifique, por primera vez, en la contestación a la demanda “la pretensión legítima del planificador de modificar un concepto propio de ciudad-jardín (...)” (FD 4º).

<sup>72</sup> Véase STS, 3ª, 2.3.2010 (RJ 2010\4170; MP: Rafael Fernández Valverde): aprobación de Programa de Actuación Integrada y de Plan de Reforma Interior de Mejora de una unidad de ejecución que lleva a cabo una calificación de uso industrial (almacén hortofrutícola) en unos terrenos cercanos a zona residencial (FD 2º). Los órganos judiciales no buscan la motivación de la decisión administrativa en el expediente: aceptan que en el procedimiento no se hayan explicitado los criterios que justifican la decisión. Es el tribunal de instancia el que tiene que construir la motivación con ayuda de un perito judicial al que se pregunta si la decisión es inadecuada “conforme a criterios de racionalidad de la ordenación urbanística”. El perito dice que la solución “no es la más conveniente”, por los ruidos, camiones, horarios comerciales, pero tampoco es “ilegal”. Ni se cita la memoria del plan. Cae por su propio peso que el concepto de arbitrariedad que aquí se está manejando es de la arbitrariedad en el resultado de la decisión. Dice el Tribunal Supremo que la decisión relativa al uso industrial “no es totalmente compatible con el uso residencial”, pero “se sitúa —como la otra alternativa— en el terreno de la racionalidad” (FD 4º). Esto es: la solución no es irracional en su resultado. La arbitrariedad como simple ausencia de motivación en el procedimiento de adopción de la decisión ni se plantea.

<sup>73</sup> Se refiere GALLEGO (1993, p. 23) a “la práctica de un planeamiento doctrinario, arbitrario y desproporcionado, que se refugia en su carácter de discrecionalidad técnica, prácticamente infiscalizable, salvo por razones formales o procedimentales”, no obstante lo cual, el autor reconoce el avance que en los últimos años se está produciendo en el control jurisdiccional de la planificación urbanística. La afirmación se sitúa en el contexto de la defensa de un concepto de propiedad urbana distinto al que se mantiene por la doctrina dominante (separación entre propiedad del suelo y *ius aedificandi*), lo que conduce, precisamente, a hacer entrar en juego el concepto de ponderación: “sólo la afirmación de que el propietario del suelo tiene derecho a la libertad de edificar garantiza un planeamiento urbanístico producto de la *ponderación* entre los intereses privados, y de éstos con los intereses públicos, de acuerdo con un Estado de Derecho” (p. 22) —cursiva mía—.

ido desarrollando en el sentido de entender —como, a día de hoy, sucede con total normalidad— que basta para entender que una decisión sobre el planeamiento es arbitraria en el sentido del art. 9.3 CE con que no conste la motivación que la justifica o esa motivación no sea convincente.

Por descontado, sigue teniendo sentido aceptar que el art. 9.3 CE también prohíbe las decisiones irracionales en el resultado<sup>74</sup>.

#### **4.3. La reforma de la norma de control: arbitrariedad (art. 9.3 CE) como simple ausencia de motivación expresa de la decisión**

La evolución del canon de control que la jurisprudencia ha deducido del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) pasa por darle la vuelta a todos los elementos que se acaban de destacar como característicos del mero control de la racionalidad del resultado de la decisión.

En efecto, en esta nueva versión del criterio judicial de examen y revisión de la decisión administrativa planificadora no recae sobre el recurrente la carga de argumentación y prueba de la arbitrariedad de la decisión, sino que es la Administración la que debe justificar que la decisión administrativa se ha adoptado conforme a criterios que se encuentran en el expediente<sup>75</sup>. Si no consta expresamente que, a lo largo del procedimiento, la decisión administrativa se ha ido concretando conforme a razones y criterios convincentes, esta simple circunstancia es suficiente para que la decisión se declare inválida y se devuelva a la Administración. Obviamente, además, no es admisible que la Administración pretenda aportar por primera vez en el proceso una motivación con la que no se trabajó en el expediente<sup>76</sup>, ni —mucho menos— corresponde al órgano judicial reconstruir la decisión administrativa descubriendo en el proceso criterios de motivación que la Administración no explicitó en el procedimiento.

Como resolución testigo (aunque, desde luego, no es la primera) de este cambio de la norma de control judicial puede utilizarse la STS, 3ª, 24.7.2008 (RJ 2008\4443; MP: Pilar Teso Gamella). En la revisión del PGOU se habían clasificado como suelo no urbanizable común por “inadecuación para el desarrollo urbano” terrenos antes clasificados como urbanizables. El tribunal de instancia había utilizado la tesis de la discrecionalidad planificadora como blindaje que exime de la motivación para desestimar la impugnación de esa decisión (FD 1º). El Tribunal Supremo se opone expresa y contundentemente a esa tesis: es necesario que el plan justifique expresamente “los criterios sobre cuándo un terreno es adecuado o no para un desarrollo urbano” (FD 5º). La sentencia de instancia interpreta incorrectamente el precepto legal que atribuye la

---

<sup>74</sup> Así, recientemente, STS, 3ª, 5.7.2012: se considera irracional y se anula un trazado de alineaciones que genera un recoveco sin continuidad en un vial (FD 6º).

<sup>75</sup> Así, DESDENTADO (1999, pp. 496 y ss.).

<sup>76</sup> Así, DE VICENTE (1994, p. 229). Véase, también, STS, 3ª, 15.2.2013 (RJ 2013\2102; MP: Pilar Teso Gamella), FD 1º: el tribunal de instancia había dicho expresamente que no cabe justificar en el proceso lo que no se había justificado en la memoria del plan.

discrecionalidad a la Administración “cuando se muestra desdeñosa con la necesidad de justificación y de motivación de los hechos y circunstancias que determinan la clasificación como no urbanizable por inadecuación para el desarrollo urbano” (FD 7º) y acepta no exigir al planeamiento que exteriorice “mediante la motivación tales razones” (FD 8º)<sup>77</sup>.

Es suficientemente conocido que el documento del plan en el que prioritariamente deben explicitarse los criterios que fundamentan sus decisiones es la memoria, de la que —según expresión gráfica del Tribunal Supremo— “deben fluir” dichas decisiones mediante cadenas argumentativas justificatorias realizadas expresamente o por remisión a otros documentos del plan<sup>78</sup>; y desde una perspectiva más general, para la revisión del plan, o más centrada en el detalle concreto, para la modificación<sup>79</sup>. Pero de ninguna decisión del plan puede aceptarse que quede huérfana de motivación. Podría admitirse que la Administración hiciera explícita en el proceso una justificación que se encuentra implícita en el expediente, pero no —como ya se ha dicho— que motive por primera vez en el trance del examen judicial de una decisión sobre el planeamiento.

A día de hoy, esta es la norma de control que está utilizando con más frecuencia el Tribunal Supremo para el examen de las impugnaciones de instrumentos de planeamiento de las que conoce, con resultados estimatorios en muchas ocasiones y —cabe pensar— con relevantes efectos sobre la práctica administrativa, que irá interiorizando que entre el precepto legal que le atribuye un poder discrecional planificador y la decisión adoptada siempre debe mediar la explicitación de los criterios (con los que la Administración integra o crea el supuesto de hecho que justifica vincular al caso esta o aquella consecuencia jurídica) que sirven de soporte racional a la concreta determinación del plan.

La delimitación de dos unidades de ejecución y la elección del sistema de actuación para ellas se declara inválida si en el expediente no se encuentran los criterios que justifican esas decisiones<sup>80</sup>; la determinación de otorgar un uso residencial a una finca y de trasladar a otra el uso hospitalario existente en aquella se anula si no se explican los motivos del cambio<sup>81</sup>; no se acepta la ampliación de un viario que determina la destrucción de la vivienda de los recurrentes, porque el plan no se somete a la regla de que “la Administración debe explicar las razones que determinan su

---

<sup>77</sup> Curiosamente, sin embargo, después de casar la sentencia de instancia por ese incorrecto entendimiento de la discrecionalidad atribuida por la ley, se entra al fondo, se considera que la decisión estaba efectivamente motivada en la memoria y se vuelve a desestimar el recurso contencioso-administrativo.

<sup>78</sup> Véase, por ejemplo, STS, 3ª, 3.7.2007, FD 11º.

<sup>79</sup> Sobre la diferente perspectiva de la motivación de la memoria en una revisión del planeamiento o en una modificación véanse, por ejemplo, SSTS, 3ª, 26.1.2005 (RJ 2005\5669; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 7º; 21.6.2006 (RJ 2006\5965; MP: Rafael Fernández Valverde); FD 4º; 14.2.2007, FD 4º; 30.4.2009, FD 8º.

<sup>80</sup> STS, 3ª, 31.5.2005 (RJ 2005\6885; MP: Pedro José Yagüe Gil), FD 2º.

<sup>81</sup> STS, 3ª, 12.12.2011 (RJ 2012\3579; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 10º.

decisión”<sup>82</sup>; un Estudio de Detalle no puede permitir edificar en unas fincas tres plantas más que las previstas para el resto del barrio sin justificar la decisión en la memoria<sup>83</sup>; etc.<sup>84</sup>

No es necesario decir que los recursos también se desestiman cuando el órgano judicial sí encuentra en el expediente la motivación que fundamenta la decisión administrativa<sup>85</sup>.

#### 4.4. Los primeros pasos de un específico control de ponderación

Como ya se ha expuesto más arriba, en el ámbito del tipo de discrecionalidad que aquí se está analizando, la discrecionalidad planificadora (o planificadora y normativa), las normas de conducta dirigen la actividad de la Administración a través de programas finales (no condicionales) que determinan que el método de adopción de la decisión administrativa sea el de la ponderación (no el de la subsunción): la Administración fija los hechos e identifica los principios (intereses, valores, etc.) en conflicto, les atribuye la importancia que les corresponde en atención a las circunstancias del caso y adopta decisiones de prevalencia.

A mi juicio, la imposición por la norma de conducta de un específico método de aplicación (o creación) del Derecho justifica un cambio accidental en la norma de control. La regla que condensa —según se ha expuesto— la norma de control general de la actividad administrativa discrecional (“si la decisión ‘a’ puede calificarse de inaceptable —por inmotivada, en el sentido de la prohibición de la arbitrariedad del art. 9.3 CE— como aplicación de la norma ‘A’ debe declararse su invalidez”) debería sustituirse por una regla específica para el control de la discrecionalidad planificadora<sup>86</sup>. En este sentido, se está abogando aquí por una mayor simetría

---

<sup>82</sup> STS, 3ª, 11.10.2012 (RJ 2012\9665; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 5º.

<sup>83</sup> STS, 3ª, 15.2.2013, FD 1º.

<sup>84</sup> Se anulan también por falta de motivación: la clasificación como suelo no urbanizable de unos terrenos situados entre tres viales en forma de triángulo que eran suelo urbanizable [STS, 3ª, 30.7.2008 (RJ 2008\4511; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 1º-5º]; la modificación de la calificación de una finca en suelo urbano que pasa de uso dotacional privado a residencial [STS 4.11.2009 (2009\7949; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 4º]; la calificación como espacio libre que debería obtenerse por expropiación de unos terrenos que debían facilitar el acceso a la Universidad [STS 23.11.2011 (RJ 2012\2402; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), FD 5º]; un Plan Especial de Saneamiento que se basa en datos sobre costes que no se sabe cómo han sido obtenidos [STS 5.4.2013 (RJ 2013\3235; MP: Pilar Teso Gamella)], FD 5º-6º.

<sup>85</sup> Véanse, por ejemplo, los casos de las SSTS, 3ª, 25.1.2005 (RJ 2005\1449; MP: Pedro José Yagüe Gil), FD 8º; 11.5.2007, FD 14º; 24.9.2009 (RJ 2010\905; MP: Pedro José Yagüe Gil), FD 5º; 28.10.2009 (RJ 2010\1679; MP: Rafael Fernández Valverde), FD 6º; 15.2.2010 (RJ 2010\3351; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 4º; 2.2.2012 (RJ 2012\3731; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 5º.

<sup>86</sup> Esta específica norma de control es algo más sofisticada que la que se pregunta por la simple motivación; y, obviamente, permite un control algo más intenso de la decisión administrativa. Puede ponerse el ejemplo de la STS 22.9.2011 (RJ 2012/901; MP: Eduardo Calvo Rojas), relativa a una modificación puntual del PGOU de Bilbao para exigir que las instalaciones de cremación de cadáveres respeten una distancia mínima de 500 m. a las edificaciones residenciales. La sala de instancia estimó el recurso y consideró inmotivada la determinación. El

(metodológica) entre la norma de conducta y la norma de control<sup>87</sup>.

Ya se ha expuesto, también, que esa regla podría condensarse diciendo: “si la decisión ‘a’ no es ponderada como aplicación de los principios ‘A’ y ‘B’ se declara la invalidez”. Y, para los supuestos de discrecionalidad planificadora-normativa, en los que —se repite— la Administración no solo crea por ponderación el supuesto de hecho de la norma, sino también su consecuencia jurídica, desarrollando (más que aplicando) los principios que dirigen la decisión administrativa, la regla que expresaría la más adecuada norma de control judicial sería: “si la norma ‘N’ (una calificación urbanística, por ejemplo, como uso residencial intensivo) no es ponderada como desarrollo de los principios ‘A’ (creación de vivienda digna para todos) y ‘B’ (protección del urbanismo filoclimático) se declara la invalidez”.

Las normas de control propuestas para la discrecionalidad específicamente planificadora (o planificadora-normativa) son simplemente una variante de la norma de control general de la discrecionalidad: lo que examina el órgano judicial no es, en general, si consta en la decisión la justificación de los criterios con los que la Administración ha integrado el supuesto de hecho normativo incompleto, sino, más específicamente, si— como se ha dicho arriba— el supuesto de hecho ha sido creado a través de un juicio de ponderación convincente que vincula al caso (o crea, también, para él) la consecuencia jurídica más adecuada al principio prevalente.

A mi juicio, no cabe duda de que un control de este tipo es un control jurídico, de legalidad, y no de oportunidad. Lo que se controla es, justamente, que los principios con los que se dirige la actividad de la Administración no retrocedan y se desplacen más de lo que quede justificado por un adecuado juicio de ponderación con principios contrapuestos. Si no se admitiera que este control es de carácter jurídico, habría que aceptar hoy que los altos tribunales (nacionales y supranacionales), que se valen ya con carácter habitual del método de la ponderación para controlar la actividad pública hasta del legislador, están utilizando criterios políticos en el ejercicio de sus funciones de control. El desarrollo de los estudios metodológicos sobre la ponderación permite poner a disposición de los órganos judiciales esta herramienta para realizar sus funciones de control sin temor (salvo debido a abusos que, por cierto, no son específicos de ningún método en concreto) a entregar en manos del juez instrumentos que le apoderen para controlar más de lo que constitucionalmente puede (art. 106.1 CE).

A través de esta norma de control tiene que examinar el juez: si la Administración ha identificado adecuadamente los intereses (principios, valores, etc.) en conflicto, para lo que, antes, ha de haber fijado todos los datos relevantes; si ha atribuido a dichos intereses el peso que les corresponde en

---

Tribunal Supremo casa la sentencia y desestima el recurso con el argumento de que el recurrente no cumplió con la carga de acreditar que la prohibición podría cumplir su objetivo con una distancia inferior a 500 m. (FD 4º). En mi opinión, un control de ponderación debería exigir que fuera justamente la Administración la que justificara que la prohibición debía llegar hasta los 500 m.

<sup>87</sup> Escéptico sobre la posibilidad de esa mayor simetría, en concreto, para las decisiones administrativas relativas a infraestructuras, ARROYO JIMÉNEZ (2014, p. 240).

atención a lo exigido por las circunstancias del caso; y si se han adoptado decisiones de prevalencia convincentes.

Vamos a ver, para terminar, qué puede encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo analizada que se pueda explicar como un control de este tipo<sup>88</sup>.

Por lo pronto, es cada vez más frecuente en la jurisprudencia la utilización de terminología que claramente procede de la teoría de la ponderación: “razones bastantes para que deba prevalecer la consecución de aquellos objetivos o fines sobre la protección antes otorgada a los suelos (...)”<sup>89</sup>; “la sala de instancia ha ponderado (...) otorgando, en cambio, prevalencia y adecuada protección (...)”<sup>90</sup>; “limitación concreta y singular (...) derivada de un exhaustivo juicio de ponderación entre el interés minero y la protección ambiental”<sup>91</sup>.

Y de otras resoluciones judiciales puede decirse que, más allá de la mera terminología, la perspectiva justificadora que se exige a la motivación de la decisión administrativa se acerca bastante a un control de ponderación: se anula el Plan Especial de Reforma Interior porque no se ha motivado que la demolición de la instalación industrial de la recurrente fuera necesaria para la consecución de la finalidad pretendida con la intervención<sup>92</sup>; se declara inválido el cambio de uso de un cine (de edificio catalogado a supermercado) porque no se ha motivado suficientemente que dicho cambio de uso prevaleciera sobre el interés de la protección<sup>93</sup>; se considera insuficiente la motivación ofrecida en el expediente para justificar la prohibición del uso extractivo minero, entre otros motivos, porque ya se habían concedido permisos de explotación que “enfaticaban aún más la necesidad de motivación”<sup>94</sup>.

A mi juicio, un verdadero y completo control de ponderación se lleva a cabo en la STS, 3ª, 13.6.2011, asunto: Biblioteca Central Universitaria en el parque de El Prado de San Sebastián en Sevilla (RJ 2011\5264; MP: Pilar Teso Gamella), que también puede utilizarse como resolución testigo de la evolución de la norma de control en la jurisprudencia. La revisión del PGOU de Sevilla había decidido situar en una zona verde del casco urbano de Sevilla (el parque de El Prado de San Sebastián) la nueva Biblioteca Central Universitaria. La memoria del plan justificaba expresamente esa ubicación: la Biblioteca “debía localizarse en una posición

---

<sup>88</sup> Ya puso algunos ejemplos de este “nivel alto de enjuiciamiento” DE VICENTE (1994, pp. 159 y ss.).

<sup>89</sup> STS, 3ª, 3.7.2007, FD 18º.

<sup>90</sup> STS, 3ª, 21.7.2008 (RJ 2008\4439; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 2º.

<sup>91</sup> STS, 3ª, 14.2.2012 (RJ 2012\5334; MP: Jesús Ernesto Pérez Morate), FD 2º.

<sup>92</sup> STS, 3ª, 1.6.2001 (RJ 2001\3812; MP: Pedro José Yagüe Gil), FD 2º y 6º.

<sup>93</sup> STS, 3ª, 5.7.2010 (RJ 2010\6005; MP: Eduardo Calvo Rojas), FD 11º.

<sup>94</sup> STS, 3ª, 30.11.2011, FD 5º.

equilibrada entre los campus que se articulan sobre el eje de Carlos V, incorporando a los jardines cierto carácter de campus (...)” (FD 13º). Me parece indudable que la decisión administrativa habría superado airesamente tanto las exigencias de la norma de control de la arbitrariedad en el resultado, como la de la simple motivación de la decisión. Y, sin embargo, la decisión administrativa se anula en virtud de un control específico de ponderación: frente a la prevalencia *prima facie* que tiene la protección de las zonas verdes ya existentes “no basta con explicar por qué se ubicará tal edificación en los jardines de El Prado”, sino que es necesario formular un juicio de ponderación que justifique “las razones por las que ningún otro emplazamiento, que no liquide una zona verde, es posible” (FD 13º).

Es evidente que lo que está exigiendo el órgano judicial es la adopción de una decisión que cumpla con la “ley de la ponderación”: cuanto mayor sea el perjuicio causado a uno de los intereses en conflicto (la protección de las zonas verdes existentes), mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario (instalación de la Biblioteca). Como no se ha justificado que la Biblioteca solo pueda estar ubicada en la zona verde, no queda justificado el perjuicio causado al objetivo contrapuesto.

A mi juicio es deseable que esta resolución marque la dirección de la evolución futura de la norma de control judicial de las decisiones administrativas relativas al planeamiento urbanístico<sup>95</sup>. Y es también probable que la exigencia por el juez de un juicio ponderativo por parte de la Administración para planificar mejore la calidad de estas decisiones<sup>96</sup>, que constituyen un punto sensible de la ética pública.

## 5. Conclusiones

Pueden formularse las conclusiones de este trabajo en torno a los tres objetivos que se identificaron en su presentación. Se trataba, en primer término, de integrar el tipo de la discrecionalidad específicamente planificadora en una teoría general de la discrecionalidad administrativa. Lo específico de la discrecionalidad planificadora (frente a otros tipos de discrecionalidad: conceptos normativos indeterminados o discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica) es el mandato impuesto a la Administración por la legislación que regula su actividad de adoptar decisiones a través de juicios de ponderación entre los principios que dirigen su actividad de forma finalística (no condicional). Para las decisiones que la legislación urbanística prevé que debe adoptar la Administración a través de un juicio de

---

<sup>95</sup> También puede aportarse el ejemplo de la STS, 3ª, 26.10.2011, relativa a un edificio que fue construido en tipología abierta, a cuya fachada, ahora, el nuevo plan permite que se le adose una construcción. El Tribunal Supremo considera que, dado el grado de afectación del derecho de propiedad (estaba prevista, incluso, una indemnización por el “acoso” —*sic*—) hubiera sido necesaria una argumentación por parte de la Administración con “potencialidad suficiente para (justificar) la limitación” de ese derecho (FD 5º).

<sup>96</sup> Desarrolla con detalle PONCE (2001, pp. 687 y ss.) la idea del “control judicial del procedimiento administrativo como medio de contribución al logro de decisiones administrativas de calidad”.

ponderación, la Administración pondera los principios relevantes, en atención a las circunstancias del caso, por el método trifásico que ya es suficientemente conocido. Pues bien, la regla de prevalencia condicionada en la que se expresan los requisitos para que prevalezca un principio sobre otro constituye el supuesto de hecho al que se vincula una consecuencia jurídica adecuada al principio que se ha considerado prevalente. En el supuesto de decisiones planificadoras que tienen carácter meramente aplicativo o ejecutivo de la legislación urbanística (por ejemplo, clasificación del suelo) esa consecuencia jurídica está ya completamente creada por dicha legislación. Por el contrario, en el caso de decisiones urbanísticas de carácter normativo (por ejemplo, calificación de usos, tipologías e intensidades sobre los terrenos) la consecuencia jurídica es también creada por la Administración en el marco de las consecuencias jurídicas solo genéricamente programadas por la legislación.

Se proponía también como objetivo de este estudio, en segundo término, la formulación de normas de control (judicial) adecuadas al tipo de discrecionalidad atribuido por la norma de conducta reguladora de las decisiones administrativas sobre planeamiento. En el estado actual de la jurisprudencia contencioso-administrativa, la norma que con más frecuencia utilizan los órganos judiciales para controlar la decisión discrecional de la Administración en materia de planeamiento urbanístico se deja formular a través de la siguiente regla: “si la decisión ‘a’ puede calificarse de inaceptable (por inmotivada o irracional en el sentido de la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE) como aplicación de la norma ‘A’, el órgano judicial ha de declarar la invalidez”. Aquí se ha propuesto, no obstante, que para los supuestos de discrecionalidad planificadora-aplicativa se utilice una norma de control que quede formulada conforme a la regla: “si la decisión ‘a’ no es ponderada como aplicación de los principios ‘A’ y ‘B’ se declara la invalidez”; y para la discrecionalidad planificadora-normativa la regla: “si la norma ‘N’ no es ponderada como desarrollo de los principios ‘A’ y ‘B’ se declara la invalidez”.

Por último, el análisis de la jurisprudencia sobre la evolución de la norma de control efectivamente utilizada por los órganos judiciales para examinar las decisiones de la Administración dotadas de discrecionalidad planificadora ha puesto de manifiesto que durante décadas han convivido dos cánones de control muy distintos: la arbitrariedad (art. 9.3 CE) como irrazonabilidad en el resultado de la decisión o como simple ausencia de motivación expresa. Durante los últimos años se han dado los primeros pasos de un específico control de ponderación que impone al juez examinar si la Administración ha identificado adecuadamente los intereses (principios, valores, etc.) en conflicto, para lo que, antes, ha de haber fijado todos los datos relevantes; si ha atribuido a dichos intereses el peso que les corresponde en atención a lo exigido por las circunstancias del caso; y si se han adoptado decisiones de prevalencia convincentes.

## 6. Bibliografía

Robert ALEXY (1996), *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Mein.

Manuel ARAGÓN (1989), *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid.

Luis ARROYO JIMÉNEZ (2004), *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

---(2009), "Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo", en Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA, *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, pp. 19 y ss.

---(2014), "Infrastructure Planning in Spain - Public Participation and Legal Protection", *Journal of European Environmental & Planning Law*, núm. 11, pp. 232 y ss.

Mariano BACIGALUPO (1997), *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid.

José María BAÑO LEÓN (2009), *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid.

Margarita BELADIEZ (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.

Miguel BELTRÁN DE FELIPE (1995), *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid.

Adolfo CARRETERO PÉREZ (1970), "Naturaleza jurídica de los planes de urbanismo", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 16, pp. 87 y ss.

Javier DELGADO BARRIO (1993), *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid.

Eva DESDENTADO (1999), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona.

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (1991), *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid.

Claudio FRANZIUS (2006), "Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht", en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ARMANN y Andreas VORKUHLE (Eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, T. I, Beck, Múnich, pp. 175 y ss.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE (1993), "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones, expropiaciones y venta forzosa", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 134, pp. 3 y ss.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE *et al.* (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1962), "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de*

*Administración Pública*, núm. 38, pp. 159 y ss.

Fernando GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (2001), *Las Normas Subsidiarias del planeamiento municipal: regulación, problemática y régimen jurídico (Legislación estatal y autonómica)*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona.

Carol HARLOW & Richard RAWLINGS (2009), *Law and Administration*, 3ª ed., Cambridge University Press, New York.

Wolfgang HOFFMANN-RIEM (2006), "Eigenständigkeit der Verwaltung", en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ARMANN & Andreas VOßKUHLE (Eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, T. I, Beck, Múnich, pp. 630 y ss.

Hartmut MAURER (2011), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18ª ed., Beck, Múnich.

Christoph MÖLLERS (2006), "Methoden", en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ARMANN & Andreas VOßKUHLE (Eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo I, Beck, Múnich, pp. 145 y ss.

Juli PONCE SOLÉ (1996), *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas, Madrid.

---(2001), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

---(2005) "El art. 24.1 CE como 'norma de conducta' para jueces y tribunales y 'norma de control' para el Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, pp. 261 y ss.

---(2009a), "Ponderación y actividad planificadora de la Administración", en Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA, *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, pp. 115 y ss.

---(2009b), "Los principios del Derecho administrativo", en Tomás CANO CAMPOS (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, T. III, vol. I, Iustel, Madrid, pp. 44 y ss.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN (1994), *discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid.

Eberhard SCHMIDT-ARMANN (2013), *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (1996), *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid.

Francisco VELASCO CABALLERO (2014), *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid –Barcelona– Buenos Aires.

Ricardo DE VICENTE DOMINGO (1994), *Las alteraciones del planeamiento urbanístico. El control judicial de la ordenación del suelo*, La Ley, Madrid.

Rainer WAHL (2013), *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona.

Hans J. WOLFF, Otto BACHOF, Rolf STÖBER y Winfried KLUTH (2007), *Verwaltungsrecht I*, 12ª ed., Beck, Múnich.

## 7. Tabla de jurisprudencia citada

### *Tribunal Constitucional*

<b>Fecha</b>	<b>Referencia</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
24.5.2001	RTC 2001/119	Manuel Jiménez de Parga y Cabrera
23.2.2004	RTC 2004/16	Manuel Jiménez de Parga y Cabrera
13.4.2004	RTC 2004/51	Eugeni Gay Montalvo
29.9.2011	RJC 2011/150	Ramón Rodríguez Arribas

### *Tribunal Supremo*

<b>Sala y Fecha</b>	<b>Referencia</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
1.6.2001	RJ 2001/3812	Pedro José Yagüe Gil
4.11.2004	RJ 2004/7708	Jesús Ernesto Pérez Morate
25.1.2005	RJ 2005/1449	Pedro José Yagüe Gil
26.1.2005	RJ 2005/5669	Rafael Fernández Valverde
31.5.2005	RJ 2005/6885	Pedro José Yagüe Gil
21.6.2006	RJ 2006/5965	Rafael Fernández Valverde
4.7.2006	RJ 2006/5149	Jesús Ernesto Pérez Morate
26.7.2006	RJ 2006/6330	Segundo Menéndez Pérez
14.2.2007	RJ 2007/1803	Rafael Fernández Valverde
11.5.2007	RJ 2007/8321	Segundo Menéndez Pérez
3.7.2007	RJ 2007/3753	Segundo Menéndez Pérez
13.5.2008	RJ 2008/2056	Jesús Ernesto Pérez Morate
3.7.2008	RJ 2008/3412	María del Pilar Teso Gamella
21.7.2008	RJ 2008/4439	Eduardo Calvo Rojas
24.7.2008	RJ 2008/4443	María del Pilar Teso Gamella

30.7.2008	RJ 2008/4511	Rafael Fernández Valverde
9.2.2009	RJ 2009/957	Joaquín Huelin Martínez de Velasco
30.4.2009	RJ 2009/5154	Pedro José Yagüe Gil
3.7.2009	RJ 2009/5902	María del Pilar Teso Gamella
24.9.2009	RJ 2010/905	Pedro José Yagüe Gil
28.9.2009	RJ 2009/7345	Eduardo Calvo Rojas
28.10.2009	RJ 2010/1679	Rafael Fernández Valverde
4.11.2009	RJ 2009/7949	Rafael Fernández Valverde
6.11.2009	RJ 2010/1703	María del Pilar Teso Gamella
25.1.2010	RJ 2010/3139	Eduardo Calvo Rojas
15.2.2010	RJ 2010/3351	Eduardo Calvo Rojas
2.3.2010	RJ 2010/4168	Rafael Fernández Valverde
2.3.2010	RJ 2010/4170	Rafael Fernández Valverde
5.7.2010	RJ 2010/6005	Eduardo Calvo Rojas
28.10.2010	RJ 2010/7728	Eduardo Calvo Rojas
21.1.2011	RJ 2011/332	María del Pilar Teso Gamella
21.2.2011	RJ 2011/1244	Eduardo Calvo Rojas
23.3.2011	RJ 2011/2529	Rafael Fernández Valverde
13.4.2011	RJ 2011/3515	Jesús Ernesto Pérez Morate
13.6.2011	RJ 2011/5264	María del Pilar Teso Gamella
14.7.2011	RJ 2011/6501	Eduardo Calvo Rojas
15.7.2011	RJ 2011/6524	Mariano de Oro-Pulido y López
8.9.2011	RJ 2012/649	Eduardo Calvo Rojas
22.9.2011	RJ 2012/901	Eduardo Calvo Rojas
22.9.2011	RJ 2012/3416	Eduardo Calvo Rojas
11.10.2011	RJ 2011/7748	Jesús Ernesto Pérez Morate
26.10.2011	RJ 2012/1582	Rafael Fernández Valverde
23.11.2011	RJ 2012/2402	Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
30.11.2011	RJ 2012/2560	Rafael Fernández Valverde
12.12.2011	RJ 2012/2690	María del Pilar Teso Gamella
12.12.2011	RJ 2012/3579	Eduardo Calvo Rojas
2.2.2012	RJ 2012/3731	Eduardo Calvo Rojas
14.2.2012	RJ 2012/5334	Jesús Ernesto Pérez Morate
8.3.2012	RJ 2012/4415	Eduardo Calvo Rojas
22.6.2012	RJ 2012/8267	Rafael Fernández Valverde
5.7.2012	RJ 2012/8469	Rafael Fernández Valverde
27.9.2012	RJ 2012/9484	Jesús Ernesto Pérez Morate
11.10.2012	RJ 2012/9665	Rafael Fernández Valverde
8.11.2012	RJ 2012/10356	Eduardo Calvo Rojas
4.12.2012	RJ 2013/1015	Jesús Ernesto Pérez Morate
15.2.2013	RJ 2013/2102	María del Pilar Teso Gamella
5.4.2013	RJ 2013/3235	María del Pilar Teso Gamella