

CALIFICACIÓN URBANÍSTICA Y RACIONALIDAD. A propósito de la nueva Ciudad Deportiva del Real Madrid, Club de Fútbol.

Almudena Fernández Carballal

I. PRESENTACIÓN.

Este año no pudo ser. Sin haber terminado la liga, ya se conocía el ganador. A veces pasa. Se aceleran plazos, se agilizan procesos y, si se me permite, hasta puede sobornarse al vendedor. No pretendo juzgar -ni mucho menos- a quienes actúan como árbitros en sectores distintos del urbanismo (en el deporte, en la enseñanza, en el ejercicio profesional, ...). No puedo actuar como directora de una orquesta si no conozco todos los instrumentos. Me basta y me enorgullece haber aprendido a sentir la música en la ciudad del equipo que, hace un año, vivía aquél triunfo y por el que muchos seguimos apostando, incluso sin una ciudad deportiva.

Consideré dentro de la razonabilidad -que no de la racionalidad- incluir lo que, inicialmente, era un artículo doctrinal en la sección tercera del Anuario. Qué mejor momento y lugar para compartir esa doble celebración reflexionando sobre una información popular, no otra cosa que una cuestión de estricto derecho urbanístico.

Se interpretan las obras como se interpretan las normas. No en un único sentido pero sí con armonía. Aunque la obra -en el más puro sentido técnico- no ha terminado, tenemos la oportunidad de acercarnos al espíritu de aquellas normas en las que debe ampararse el Ayuntamiento de Madrid y el Real Madrid Club de Fútbol para construir esa nueva Ciudad Deportiva.

Me limito a abordar el tema en clave urbanística y desde una óptica finalista. No haré referencias a la ordenación urbanística aplicable al caso concreto -Plan General de Ordenación Municipal de Madrid y legislación urbanística de esta Comunidad Autónoma- como tampoco a la mayor o menor rentabilidad de la actuación, tachada por algunos de “pelotazo urbanístico”. El recurso a los principios generales del Derecho que han de informar cualquier actuación urbanística, a la jurisprudencia y a la legislación general del Estado en esta materia es suficiente para tratar los límites de la potestad de *ius variandi* que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración.

Centrándome en el interés general como principio operativo en el que se ancla todo el quehacer de la Administración Pública, se trata, por otra parte, de determinar si existe en dicha actuación una solución de equilibrio con los intereses privados afectados en cuanto fin último del Derecho Administrativo.

Juzgar la legalidad o ilegalidad de la actuación urbanística que pretenden ambas partes corresponderá, en su caso, a los Tribunales. Desde aquí, únicamente, se pretende fundamentar la racionalidad o no que *subyace en dicha actuación jurídica*.

Comencemos analizando el significado de la racionalidad como canon de actuación o principio finalista que debe presidir toda ordenación urbanística, bien *ex novo* bien como consecuencia de la potestad innovadora de la Administración, para después proyectarlo sobre la ordenación urbanística, especialmente en el momento de asignar distintos usos al suelo.

II. EL PRINCIPIO DE RACIONALIDAD: SU DOBLE PROYECCIÓN ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO.

“... de la *racionalidad en la actuación administrativa* deriva una necesidad de coherencia en el desarrollo de los criterios de planificación¹ ... , pues siendo presumible que las reglas generales del plan obedecen a un *designio racional* apartarse de él supone una incoherencia si tal desviación no aparece respaldada por una *justificación suficiente*”.

Esta declaración³ resulta clave para determinar cómo opera el principio de racionalidad sobre la potestad de planeamiento urbanístico, caracterizada por su alto grado de discrecionalidad⁴.

Aunque, como señala ALONSO GARCÍA, es necesario distinguir el “test” de la racionalidad del “test” de la razonabilidad en sentido estricto como dos formas posibles de manifestación del “test” de la razonabilidad, dada la comunmente aceptada sinonimia entre ambos términos, no resultará extraño encontrar aquí citados apuntes doctrinales en los que se utiliza indistintamente el criterio de la racionalidad y el de razonabilidad para aludir a un mismo objeto, consistente, siguiendo la definición que del primero ha efectuado el citado autor, en un canon o “test totalmente objetivo” consistente “en la utilización del argumento objetivo, lógico, que supone la relación medios-fines”⁵.

La razonabilidad en sentido estricto “alude a la constitucionalidad o legalidad de los motivos o razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado”. Y “en términos de control de la actividad administrativa, se refiere a la justificación objetiva y razonable de la misma a la vista del Ordenamiento jurídico. Actuación administrativa razonable, equivale a decisión administrativa legalmente fundada, legalmente aceptable”⁶.

Sin ánimo de participar en el debate doctrinal existente sobre el alcance del control jurisdiccional en la actividad administrativa, convertido hoy en un auténtico *careo* entre la más ilustre doctrina⁷, es necesario hacer una breve referencia al mismo con el

1 Cfr. STS 8.X.1990 (Ar. 7842).

2 Vid. SS.TS 15.III.1993 (Ar. 2523) y 21.IX.1993 (Ar. 6623).

3 Doctrina jurisprudencial consolidada a raíz de una STS 22.IX.1986 (Ar. 6078).

4 Sobre la racionalidad como uno de los postulados básicos de la planificación, cfr. MARTÍN MATEO, R.: “Propiedad urbana y planificación”, *RDU*, N°15, 1969, p. 16; DELGADO BARRIO, J.: “El control de la discrecionalidad administrativa en el planeamiento urbanístico”, *Urbanismo: función pública y protección de derechos individuales*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 313 y ss.

5 Cfr. ALONSO GARCÍA, E.: “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución”, *RAP*, N°100-102, 1983, pp. 42 y ss.

6 Cfr. LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ed. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, p.117.

7 Cfr., cronológicamente, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, *REDA*, N° 76, 1992, pp. 511 y ss., y en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, *op.cit.*; PAREJO ALFONSO, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales y complementarias*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, *REDA*, N°80, 1993, pp. 577 y ss., y en “¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?”, *REDA*, N°83, 1994.

único objeto de concretar el significado, contenido y alcance del principio de racionalidad en el ámbito urbanístico.

Si bien con carácter general puede afirmarse que la discrecionalidad técnica que es connatural a la actividad planificadora de la Administración no es ilimitada ni está inmune al control jurisdiccional⁸, dicha afirmación sólo puede entenderse a la luz de determinados principios constitucionales que limitan tanto la actividad administrativa discrecional como su control jurisdiccional por los Tribunales.

Cualquier análisis de dicha potestad discrecional” ha de partir de la determinación del significado del principio de “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” consagrado en el art. 9.3 *in fine* de la Constitución y al que ya LOCKE se refería, hace trecentos años, equiparándolo a lo “arbitrario”, a “lo contrario a la razón”, constituyendo el límite último de todo poder, incluido el propio poder legislativo⁹.

Se habla en nuestra doctrina de un doble significado de la prohibición de arbitrariedad regulada en el citado precepto constitucional: a) en sentido genérico, es arbitrario todo lo que es contrario a la Ley y al Derecho; arbitrariedad como equivalente de injusticia; b) en sentido específico, es arbitrario y, por tanto, está constitucionalmente prohibido “todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo¹⁰”.

De lo que resulta que el concepto de arbitrariedad aparece estrechamente vinculado, en su esencia última, al concepto de *motivación*; concepto éste, que en el ámbito de la potestad discrecional de planeamiento urbanístico ocupa, como así lo ha constatado una frondosa jurisprudencia, un lugar de especial relevancia.

Pero antes de entrar en el análisis de su propia causa, que en materia de urbanismo no es otra que el ejercicio de una actuación razonable de la Administración urbanística competente, ha de señalarse que, cuando se habla de poder discrecional y de su control, el problema principal no es ya el de determinar la posición constitucional de la Administración y la congruencia del reconocimiento a la misma de un margen de apreciación para elegir una entre diversas soluciones urbanísticas posibles, pues optar por una u otra solución es un derecho que le ha otorgado el propio Ordenamiento jurídico¹¹. La clave está en el deber de la Administración de *razonar* el porqué de esa elección y no de otra, pues de dicho razonamiento y fundamentación dependerá la legitimidad del ejercicio de su poder de decisión. Y ello, en virtud de la prohibición constitucional de un uso arbitrario del mismo y del principio de motivación de los actos administrativos, que consagra para los actos discrecionales el art. 54 de la LRJPAC.

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

9 Cfr. LOCKE: *Of. civil government. Two treatises by John Locke*, Pub by J.M. Dent and Sons Ltd. and in Njw York by E.P. Dutton and Co., London-Toronto, 1924, p. 205; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 41 y ss.

10 Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “De nuevo sobre el poder discrecional...”, *REDA*, N°80, 1993, p. 589; HEINZ SCHÄFFER: “Racionalización y creación del Derecho”, *DA*, N° 218 y 219, 1989, p. 156: “De manera general, bajo la concepción de racionalización puede entenderse “la sustitución de las formas tradicionales de proceder por otras racionales fundadas en el intelecto, analizadas en orden a la mejora de las situaciones actuales”. Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*; Ed. Akal, Madrid, 1984, pp. 56 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?”, *RAP*, N°124, 1991, pp. 211 y ss.

11 Cfr. DELGADO BARRIO, J.: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa en el planeamiento urbanístico”, *Urbanismo: función pública y protección de derechos individuales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 318 y ss.

La Administración es libre para elegir entre diversas alternativas posibles, todas lícitas y razonables, la que sea más conforme con lo que reclama el interés urbanístico general, pero para ello ha de señalar los motivos de su elección debidamente fundados, objetiva y racionalmente, con base en la realidad de los hechos¹². Una decisión adoptada de este modo, es decir, en el ejercicio de potestades discrecionales, sólo puede ser aceptada como válida en tanto se presente como “consecuencia de una *exégesis racional* y no el fruto de una arbitrariedad¹³”.

Las decisiones planificadoras han de ser proporcionales, coherentes y racionales, pues de lo contrario implicarían una arbitrariedad¹⁴, vetada, en cualquier caso, por nuestro Ordenamiento jurídico.

Ahora bien, no es función de los Tribunales juzgar el acierto o desacierto de las soluciones urbanísticas que la Administración haya elegido en el ejercicio de sus poderes discrecionales, ni anular ni sustituir tal elección, “siempre y cuando la misma no encubra una desviación de poder o resulte arbitrariamente desconectada de la realidad objetiva acreditada en autos o inadecuada al fin perseguido¹⁵”.

De ahí que, en estos últimos casos, el que se ha denominado por un sector doctrinal “activismo judicial” sobre las potestades discrecionales de la Administración, se reduzca a exigir una motivación. Cuando sean posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, nunca pueden los Tribunales sustituir la decisión administrativa. Como ya señalaba WADE, a título de principio, “los Tribunales de Justicia no pueden utilizarse como tribunales de apelación para revisar la oportunidad de las decisiones administrativas”, pues discutir la discrecionalidad es algo que sobrepasa de la competencia de cualquier Tribunal¹⁶.

Acondicionar el territorio, como dice el Profesor MEILÁN, “es introducir una racionalidad allí donde juegan sólo las determinaciones naturales o las voluntades individuales descordenadas”, entendiéndose por tal acondicionamiento la “voluntad de conformar el asentamiento de la población de acuerdo con unos criterios racionales, que por serlo son de justicia¹⁷”.

Únicamente cuando de las líneas generales del Plan - “expresión formal de un diseño racional orientado a la ordenación coherente de la ciudad¹⁸”, se derive una

12 Cfr. WADE, H.W.R.: *Derecho Administrativo*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pp. 108 a 110: La discrecionalidad de la Administración ha de ser conforme con determinados principios, pero dentro del marco de éstos, la discrecionalidad es absoluta y no puede ser discutida ante ningún Tribunal de justicia. Entre esos principios, WADE habla del de “actuación razonable”, en virtud del cual la discrecionalidad deberá ejercerse *razonablemente*: la discrecionalidad de las autoridades en el ejercicio de sus poderes significa para él, que algo va a hacerse según los poderes de la razón y justicia y no según la opinión particular; según el derecho y no según el capricho; que el acto dictado en el ejercicio de la facultad discrecional no será arbitrario, vago y caprichoso, sino legal y regular. De tal forma que lo irrazonable constituirá un abuso de poder.

13 Vid. STC 115/1987, de 7 de julio (FJ 4).

14 Vid. SS.TS 27.II.1987 (Ar. 3378) y 20.V.1992 (Ar. 4286).

15 Vid. SS.TS 6.XII.1979 (Ar. 4179); 20.V.1992 (Ar. 4286) y 23.III. 1998 (Ar. 2243).

16 Cfr. WADE, H.W.R.: *Derecho Administrativo*; *op.cit.*, p.110. En el mismo sentido, cfr. PAREJO ALFONSO, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 104 y 105; DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial, *op.cit.*, pp. 172 y ss. Cfr., sobre el principio de razonabilidad o racionalidad en el Derecho Italiano: GIOVANNI SALA: *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè Editore, Centro Nazionale di Prevenzione e difesa sociale, Milano, 1993, pp. 108 a 206.

17 Cfr. MEILÁN GIL, J.L.: *El territorio, protagonista del desarrollo*, Ed. Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Madrid, 1971, pp. 79 y 80.

18 Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “De nuevo sobre el poder discrecional...”, *op.cit.*, p.604. Vid., sobre la definición de planeamiento: STC 164/2001, de 11 de julio (FEJJ, 6a) y 8)

única solución que se imponga ya por razones de coherencia, los Tribunales *deberán* decidir sobre la misma. Y no es algo potestativo para los Tribunales resolver en estos casos. Constituye un deber que impone el principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que “quedaría claramente burlado si los Tribunales, contando con datos suficientes, no resolvieran todo lo necesario en relación con las cuestiones planteadas en el proceso¹⁹”.

Es doctrina jurisprudencial constante la que declara que “el el genio expansivo del Estado de Derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de la Administración, tan ampliamente dibujado por el art. 106.1 de la CE, se extienda, incluso, a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas²⁰”.

Así, para verificar si las decisiones planificadoras se ajustan a las exigencias de los principios generales del Derecho y, en especial, a las que impone el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), dicho control ha de llevarse a cabo de la siguiente formas:

“a) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración;

b) Y en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas. Tales principios -art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil- informan todo el Ordenamiento jurídico y por tanto, también la norma habilitante que atribuye la potestad dicrecional de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos -la Administración no está sometida sólo a la Ley, sino también al derecho, art. 103.1 CE²¹”.

Entre estos principios generales a los que debe ajustarse la actuación de la Administración para servir con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 CE)²², importa aquí destacar, por su íntima relación con el principio de racionalidad y porque, asimismo vincula al planificador urbanístico, *el de eficacia* de la actuación de las

19 Vid. STS 2.IV.1991 (Ar. 3278).

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

21 Conforme a la jurisprudencia del TJCE, el control jurisdiccional de la actividad administrativa, se lleva a cabo a través de las siguientes técnicas: a) el error de hecho; b) el error de derecho (o contro de los elementos reglados del acto); c) el error en la apreciación de los hechos; d) el respeto a los principios generales del derecho; e) la desviación de poder: cfr. MEGRET: *Le droit de la Communauté Economique Européenne*; Vol.10, T.I, Editions de l'Université de Bruxelles, 1983, pp. 144 y ss.; CASADO CASADO, L.: “El control de la discrecionalidad administrativa en el Derecho Comunitario”, *RVAP*, N°44.I, 1996, pp. 111 y ss.; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del Derecho Comunitario para el proceso administrativo español (Informe del Parlamento Europeo acerca del futuro de la poñítica social comunitaria)”, *RAP*, N°135, 1994, pp. 316 y ss. Cfr. DELGADO BARRIO, J.: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa en el planeamiento urbanístico”, *Urbanismo: fu.*”, *op.cit.*, p. 325. Vid. SS.TJCE 17.XII.1970 (as.11/70; Rec.1.970, p.1125) y 13.XII.1979 (as. 44/1979, Rec.1979, p.3.727).

22 Siguiendo a MÉGRET, los principios que constituyen límites al poder discrecional de las instituciones comunitarias son: a) el principio de seguridad jurídica y el principio de no retroactividad; b) el principio de *non bis in idem*; c) el principio de protección de al confianza legítima; d) el principio de igualdad; e) el principio de proporcionalidad: cfr. MÉGRET: “Le droit de la Communauté...”, *op. cit.*

Administraciones Públicas²³. Este carácter vinculante se traduce en el deber para la Administración de actuar conforme al mismo, en cumplimiento de los fines a los que ha de servir²⁴; realizando el interés general con objetividad²⁵. Porque la definición de este interés general en cada caso concreto constituye “el elemento clave para el enjuiciamiento en concreto de la eficacia²⁶”.

Ahora bien, como señala PAREJO ALFONSO, “si bien es claro que la actuación administrativa ha de obedecer a la *racionalidad jurídica*, no es menos cierto que la objetividad no se confunde con la *legalidad* (así como tampoco con la eficacia). Mientras la legalidad (y también la eficacia) operan (en su caso, también) en el etivo de la actividad y de su resultado, la *objetividad*²⁷ lo hace en el subjetivo de la Administración autora de la actividad y productora de un resultado²⁸”.

Como se deriva de la jurisprudencia constitucional, la eficacia en cuanto principio general administrativo tiene un doble contenido: a) una “cualidad subjetiva”, relativa a la idoneidad de la actuación de la Administración para cumplir sus fines; b) un “resultado intencionado” que, inducido desde dicha cualidad, consiste en el cumplimiento de los fines correspondientes²⁹.

Resulta claro, por tanto, que si los poderes son concedidos con una determinada intención - que no es otra que servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE) - será ilegal utilizarlos con otros fines³⁰:

“La potestad discrecional de la Administración en la producción de actos no reglados por el Derecho Administrativo únicamente se justifica en la *presunción de racionalidad* con que aquélla se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en su decisión, de tal suerte que la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni puede ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin aquella persigue³¹”.

23 Sobre la formación del principio de eficacia en nuestro Ordenamiento jurídico, cfr., por todos, PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *DA*, N°218-219, 1989, pp. 16 y ss.

24 Cfr., para una distinción entre el concepto de eficacia como “guía de acción y los conceptos afines de eficiencia, economía y pertinencia: LÓPEZ GONZÁLEZ, E.: “Una aproximación a la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de actuación de la Administración pública”; *DA*, N° 218-219, 1989, pp. 76 y ss.

25 Cfr. PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *op.cit.*, p. 48: “... la interacción entre estas características de la Administración-organización y la eficacia de la actuación de la misma supone una ponderación entre bienes o valores jurídicos, que tiene un último parámetro de referencia obligado: la satisfacción del interés general”; PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Ed. INAP, Col. Estudios, Madrid, 1995, pp. 103 y 104; BELADIEZ ROJO, M.: *Los principios jurídicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 87: “Resulta, por tanto, que al ser los principios valores jurídicos de una comunidad, el mandato que expresa esta peculiar fuente del Derecho no puede ser otro que *el de imponer el genérico deber de carácter negativo de no actuar infringiendo el valor jurídico consagrado en el mismo*”.

26 Cfr. PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *op.cit.* p. 36.

27 *La cursiva es de la autora.*

28 Cfr. PAREJO ALFONSO, L.: “Eficacia y Administración...”, *op.cit.*, p.127.

29 Cfr. SS.TC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 4); 27/1987, de 27 de febrero (FJ 2); 178/1989, de 2 de noviembre (FJ 3).

30 Cfr. WADE, H.W.R.: *Derecho Administrativo*, *op.cit.*, pp. 105 y 106.

31 Vid. STS 6.V.1992 (Ar. 3486).

Por tanto, siendo esta doctrina plenamente aplicable a los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento, la revisión o control jurisdiccional de la actividad administrativa y, aquí en concreto, de los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento -como es la asignación de usos al suelo o su recalificación-, se extiende, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos³².

Cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto de hecho, o bien una desviación injustificada de los criterios generales establecidos en el Plan³³, tal decisión resultará viciada por infringir el Ordenamiento jurídico y, más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 ,*in fine* CE) cuyo objeto aquí radica en “evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad convirtiéndose ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas³⁴”.

La necesidad de motivación a la que antes me refería, en cuanto exigencia ineludible que se incrementa cuanto mayor sea el ámbito de discrecionalidad que para su adopción ostente la Administración tiene un doble objeto: por una parte, otorgar a los interesados la posibilidad de defender sus derechos y, por otra, el control jurisdiccional de las decisiones que haya adoptado la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales, como es la de planeamiento urbanístico³⁵. Estas decisiones deberán ser suficientemente explícitas, como para permitir tanto a los Tribunales como a los interesados conocer los elementos esenciales en los que se la misma se ha basado.

La motivación no es una “moda”, como muchos la han calificado. Es poner de manifiesto “la objetividad y razonabilidad que debe predicarse de toda actuación administrativa³⁶”. Y si la fundamentación que se deriva de tal motivación incurre en una falta de racionalidad, deberán prevalecer los criterios, presumiblemente, racionales y coherentes del Plan que, por su carácter normativo, deberán confirmar los Tribunales³⁷.

¿Puede evitar el Derecho que los poderes se ejerzan irrazonablemente?. Los Tribunales no deben usurpar la discrecionalidad otorgada a las Administraciones Públicas en sus decisiones. Los Tribunales no deben “interesarse en los aspectos políticos del caso o en la simple oportunidad. Sólo debe interesarse en la legalidad de lo que se ha hecho³⁸”.

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

33 De acuerdo con la doctrina constitucional (SS.TC 37/1987 y 61/1997), cabe recordar aquí que, en virtud de la flexibilización constitucional de la reserva de la propiedad privada a la Ley (arts. 33.2 y 53.1 CE) no sólo la Ley, sino también los productos normativos de la Administración y más concretamente los Planes pueden contribuir a determinar el contenido del derecho de propiedad y, más específicamente, las facultades urbanísticas que lo integran: vid., *supra.*, Parte Primera, Cap. III.II.1.

34 Vid., por todas, STS 23.XI.1998 (Ar. 9603).

35 Vid. STJCE 21.IX.1991 (as.C-2 69/90; Rec. 1991; p. I-5.469).

36 Vid., por todas, STS 18.XII.1997 (Ar. 284). Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “De nuevo sobre el poder discrecional...; *op.cit.*; pp. 606 y 607; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M.: *El control del planeamiento urbanístico, op.cit.*, pp. 68 y ss.

37 Vid. sobre la importancia de la motivación en materia de ordenación urbanística, una STS 11.VI.1997 (Ar. 5036). En la jurisprudencia comunitaria, una STJCE 4.VII.1963 (as. 24/62; Rec. IX, p.129).

38 Cfr. WADE, H.W.R.: *Derecho Administrativo, op.cit.*, p.106; FERNÁNDEZ TORRES, J.R.: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Ed. Civitas, madrid, 1998, pp. 199 y ss. Vid. STS 21.IX.1993 (Ar. 6623).

III. LOS LÍMITES RACIONALES DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA CALIFICACIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO.

La planificación urbanística del territorio es ante todo desigualdad, pero una desigualdad que ha de ser “justificada” en el momento del planeamiento y “compensada” en el momento de su ejecución para hacer efectivo el valor superior de igualdad que proclama nuestro Estado de Derecho.

Veamos cómo contribuye el principio de racionalidad en la corrección de esa desigualdad inicial inherente a cualquier ordenación urbanística -por muchos denominada “lotería” del planeamiento-, manifestada de forma muy intensa en el momento de calificar el suelo³⁹.

Clasificar el suelo no es lo mismo que calificarlo. Ambas funciones son necesarias para configurar el régimen urbanístico de la propiedad urbana, pero se rigen por criterios distintos. Sólo la clasificación del suelo constituye un presupuesto básico a efectos de determinar un régimen legal aplicable -derechos y deberes de sus propietarios-, siendo indiferente, a estos efectos, la asignación de usos, ya sea originariamente ya como resultado de una recalificación de un terreno⁴⁰.

A título de ejemplo, el que se desafecte el uso asignado inicialmente a un terreno clasificado como suelo urbano consolidado para permitir otros usos lucrativos, es potestad de la Administración pero no le legitima, en absoluto, para exigir determinadas cesiones obligatorias y gratuitas a sus propietarios. La única forma de obtener terrenos destinados a dotaciones locales en esta clase de suelo es por vía expropiatoria o llegando a acuerdos pactados entre los propietarios y la Administración. Y sólo en este supuesto será exigible el deber de costear la urbanización.

Mientras que la clasificación del suelo aparece sujeta a una técnica de *númerus clausus*, su calificación o la asignación de concretos usos se inspira en un sistema de *númerus apertus* sin tipificación legal de categorías. Es la imaginación del planificador la que inventa los tipos de usos tanto en su denominación como en su contenido -es el Plan el que configura el estatuto jurídico de cada parcela- siempre, naturalmente, dentro de los límites de la racionalidad que impone el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art.9.3 CE)⁴¹.

Así, siendo la diferente calificación del suelo y la intensidad de su aprovechamiento elementos característicos de todo el planeamiento, en función del carácter discrecional de tales determinaciones, el TS ha estimado necesario que las mismas se conecten, en todo caso: a) con el interés general emanado de las circunstancias concu-

39 Vid. STS 18.VII.1988 (Ar. 6082): “Mientras para la clasificación del suelo la Administración no goza de absoluta discrecionalidad, pues si un suelo reúne los requisitos exigidos por el artículo 78 de la Ley del Suelo, necesariamente debe clasificarse como urbano, sin que la esfera voluntarista del planificador pueda alterar dicha consideración, no ocurre lo mismo con la calificación de los terrenos, pues en este ámbito las facultades de la Administración son más amplias, al estar en función de la valoración que se haga de las necesidades sociales, conveniencia y oportunidad del destino del suelo y de la armonización de los más variados intereses comunitarios, sirviendo con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), por lo que ha de presumirse, mientras no se pruebe lo contrario, que la actividad administrativa se ajusta la Ordenamiento Jurídico y se dirige a satisfacer las exigencias de bien común, en aras de un mejor servicio a la sociedad”.

40 Sobre el régimen urbanístico de las distintas clases de suelo vigentes en el Derecho Urbanístico de Galicia, cfr. MEILAN GIL, J.L. y FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: “La Ley del Suelo de Galicia y la legislación urbanística del Estado”, *RDU*, N°171, 1999, pp. 21 y ss.

41 Vid., por todas, SS.TS 11.V.1995 (Ar. 3796); 21.I.1997 (Ar. 1865) y 23.XI.1998 (Ar. 9603).

rrentes en cada concreta ordenación urbanística y; b) con la filosofía inspiradora del planeamiento en perfecta sintonía con las necesidades urbanizadoras municipales⁴².

Veamos, a continuación, cuáles son los criterios delimitadores de la calificación del suelo que ha de tener en cuenta tanto el planificador como a los Tribunales para contrarrestar la discrecionalidad inicial que caracteriza dicha operación urbanística⁴³:

a) La racionalidad objetiva.

Con carácter general, la racionalidad impone que cuando un Plan -o su modificación- establezca determinados criterios respecto a la calificación de un terreno lo primero que ha de examinarse es si las características del suelo objeto de calificación *justifican*, en coherencia con tales criterios, la calificación efectuada⁴⁴. Incluso, podría exigirse que la calificación otorgada por el Plan a un determinado terreno permita una edificación homogénea con el entorno⁴⁵.

Ahora bien, puede ocurrir que la racionalización que se persiga con una determinada calificación no se concrete en aprovechamientos urbanísticos, sino en otras razones de interés general como pueden ser los sistemas generales o las dotaciones locales que toda ordenación urbanística lleva consigo.

¿Podría encontrar cobertura la creación de la Ciudad Deportiva del Real Madrid en esta función?. Hace cinco años, el TS declaraba, a propósito de la modificación del Plan General de Madrid, entre cuyos objetivos figuraba la ampliación del Estadio Bernabeu a propuesta del Real Madrid, Club de Fútbol que, aunque el propio Club se beneficiaría con la modificación, era indiscutible que la misma también beneficiaría a la colectividad. El *interés público* de la modificación se justificaba en que la misma también perseguía la *racionalización* de los accesos al Estadio, la reconsideración de las vías circundantes y la mejora en las condiciones de tráfico para el estacionamiento de vehículos en la zona⁴⁶.

¿Cual es el interés público de la nueva actuación?: concepto jurídico indeterminado de gran imprecisión “en cuya exacta interpretación ha de reconocerse a la Administración un amplio margen de apreciación” dando preferencia a sus valoraciones “frente a los criterios lógicamente subjetivos de los particulares”⁴⁷.

Como es sabido, la existencia de un interés público no se limita, por cualquier norma, al supuesto, de que el titular de la explotación sea un ente público. Los particulares pueden gestionar actividades en las que concurra un interés social o público sin que éste sea incompatible con la existencia de un beneficio mercantil⁴⁸.

Es, por lo tanto, la Administración urbanística la que, en el ejercicio de su potestad de planeamiento, deberá asignar usos al suelo con un carácter objetivamente racional; objetivando los posibles usos susceptibles de desarrollo en el espacio físico a ordenar, en función de las necesidades urbanísticas existentes propias de una concepción dinámica de la propiedad urbanística.

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

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

44 Vid. STS 15.III.1993 (Ar. 2523): se calificaba un terreno como “verde privado de interés especial” conforme a dos criterios establecidos por el Plan: la existencia de un vegetación a proteger y su integración en el entorno.

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

46 Vid. STS 11.VI.1996 (Ar. 5150).

47 Vid. STS 18.VII.1997 (Ar. 6039).

48 Vid. STSJ Cataluña de 21.XII.1992.

b) La adecuación objetiva.

Muy ligada al criterio de la “*objetiva racionalidad*”, la adecuación significa, que la calificación propuesta debe ser de posible realización. Es decir, que la calificación no esté “arbitrariamente desconectada de la realidad objetiva ni que sea inadecuada o incongruente con las líneas directrices y la finalidad del planeamiento⁴⁹”.

Ahora bien, como declaró de forma innovadora una STS 20.I.1992, la calificación del suelo, desarrollada atendiendo a la finalidad de conseguir un modelo de ciudad que trace el entorno físico que se estima más adecuado como marco de convivencia, se produce con independencia de los medios económicos que resultan necesarios y disponibles para la obtención del suelo necesario para la realización del Plan.

El medio previsto por un Plan para la obtención de un terreno no puede ser causa de su concreta calificación, sino al contrario⁵⁰.

c) La proporción.

Sin ánimo de reiterar ahora lo que en otro lugar se afirmó sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito urbanístico⁵¹, en relación con la calificación del suelo la proporción conlleva la siguiente prohibición: la asignación de determinados usos al suelo no puede imponer a los propietarios un sacrificio absolutamente desproporcionado con la finalidad perseguida, sobre todo si no va acompañada de un significativo beneficio para la colectividad.

Ahora bien, no cabe negar que este juicio de proporción es “extraordinariamente difícil de establecer”, sobre todo en el ámbito de una potestad administrativa que, como la de planeamiento, es inevitablemente creadora de limitaciones y desigualdades y en la que concurren otras Leyes sectoriales llamadas a incidir y a condicionar la asignación de determinados usos al suelo⁵².

d) La igualdad.

El principio de igualdad ante la Ley encuentra una de sus manifestaciones en que la Administración no puede llevar a cabo, legítimamente, actuaciones auténticamente discriminatorias, esto es, arbitrarias.

Apoyándose en la doctrina constitucional establecida sobre el principio de igualdad ante la Ley⁵³, el TS ha declarado que “el principio de igualdad ante la ley encierra en sí mismo una prohibición de discriminación⁵⁴”.

Conforme a este principio, que vincula a todas las Administraciones Públicas cuando aplican las Leyes exigiendo que a supuestos de hecho iguales le sean aplicables unas consecuencias que también sean iguales, una concreta calificación del suelo no

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

50 Vid. STS 20.I.1992 (Ar. 715): como consecuencia de ello el TS concluía señalando que, si en principio podría provocarse una dilación en las posibilidades del propietario de alcanzar la compensación económica procedente, existe para estos casos el remedio que prevé nuestro Ordenamiento (art. 69 TR de 1976) consistente, en términos del TS, en la “provocación de la expropiación forzosa”.

51 Cfr. FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: “Las licencias urbanística provisionales y el principio de proporcionalidad”, *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº4, 2000, pp. 147 y ss.

52 Vid., con carácter general, STS 6.II.1997 (Ar. 804).

53 Vid. SS.TC 37/1982, de 16 de junio; 43/1982, de 6 de julio; 62/1987, de 20 de mayo; 175/1987, de 4 de noviembre; 58/1989, de 16 de marzo; 21/1992, de 14 de febrero; 78/1997, de 21 de abril. Cfr., en el mismo sentido, AA.TC 16/1991, de 15 de enero; 271/1991, de 30 de septiembre; 115/1995, de 4 de abril; 100/1997, de 7 de abril.

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

podrá resultar discriminatoria respecto a la calificación otorgada a parcelas colindantes -y, en especial, en relación con las distintas posibilidades edificatorias que entrañarían una y otra calificación- una vez obtenida la pertinente licencia urbanística⁵⁵.

Ahora bien, para que un acto de la Administración producido en el ejercicio de una arbitrariedad en relación con uno o varios administrados pueda ser anulado por vicio de ilegalidad⁵⁶, es necesario demostrar que dicho acto ha sido dictado con una finalidad distinta a la que el mismo había de servir conforme el Ordenamiento jurídico.

Cuando se atribuya una desigualdad o discriminación a la calificación de un terreno, tal imputación deberá descansar en un término de comparación suficiente, teniendo en cuenta aquellas circunstancias significativas de la parcela calificada que puedan justificar una distinta calificación: su emplazamiento, el grado de inclinación del terreno, su orientación, visibilidad, etc⁵⁷.

e) La adecuación al fin.

A estos cuatro criterios hay que añadir el que la calificación proyectada no incurra en *desviación de poder*, esto es, que no represente un ejercicio de la potestad de planeamiento al margen del fin que la justifica. Es decir, existirá desviación de poder cuando el fin realmente perseguido con la decisión no se corresponda con el fin legalmente establecido por la norma (art. 70.2, párr.2º LRJCA).

La alegación de este vicio de anulabilidad (art. 63 LRJPAC)⁵⁸, debe estar corroborada por pruebas directas o indicios racionales que permitan fundarla. Cuando respecto al planeamiento se invoca la desviación de poder como “vicio teleológico de validez⁵⁹ debe, quien la invoca, demostrar la intencionalidad torcida o desviada de la Administración, sin que pueda fundarse en meras presunciones o conjeturas del acto administrativo o de las ocultas intenciones que supuestamente lo determinan⁶⁰, dada la presunción de legalidad de la actuación administrativa (arts. 103.1 CE y 106.1 CE).

Así se desprende de la misma jurisprudencia comunitaria, en la que los mayores problemas sobre la constatación de un acto viciado de desviación de poder se plantearon en relación a la dificultad de su prueba, hasta el extremo que el TSJCE ha reconocido su existencia únicamente cuando tiene la total convicción de que, efectivamente, se ha incurrido en él⁶¹.

55 Vid. STS 10.II.1997 (Ar. 812).

56 Cfr. ALONSO GARCÍA, E.: “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución”, *RAP*, Nº100-102, 1983, pp. 42 y ss.

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

58 Vid., por todas, SS.TS 20.V.1992 (Ar. 4286) y 31.V.1998 (Ar. 2482). En la jurisprudencia comunitaria la desviación de poder, en cuanto principio que actúa como límite a los poderes discrecionales de las instituciones comunitarias, ha pasado de *conceptuarse subjetivamente* (como técnica consistente en el control de la finalidad perseguida con el objeto de determinar la existencia de un acto clandestino o de una intención no declarada) conforme a su definición clásica, según la cual se incurría en desviación de poder cuando la autoridad ejercía su poder persiguiendo un fin distinto aquél en cuya virtud se le autorizó a actuar (STJCE 12.VI.1958; as.15/57, Rec.1990, p.I-4023), a una *concepción objetiva* de la desviación de poder, en virtud de la cual “un acto sólo está viciado de desviación de poder cuando resulte, en función de indicios objetivos pertinentes y concordantes que fue adoptado con el fin exclusivo, o al menos determinante, de conseguir otros fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso” (SS.TJCE 21.XII.1954; as.1/54, Rec.I, p.7; 13.XI.1990; as. c-331/88, Rec. 1990; p.I-4023).

59 Vid. STS 23.XI.1998 (Ar. 9603).

60 Vid., por todas, STS 25.IV.1997 (Ar. 3270).

61 En relación con la desviación de poder, el TSJCE ha admitido las siguientes pruebas: a) Documentos emanados de la autoridad que realizó el acto viciado de desviación de poder, así como los trabajos preparatorios de la decisión y de las deliberaciones de los órganos consultivos (STJCE 21.III.1955;

Justificada y actualizada tanto la potestad de planeamiento como su alteración por el principio del interés general, el control jurisdiccional, el control jurisdiccional que, eventualmente, pueda ejercitarse sobre la calificación del suelo, deberá ajustarse a los cinco criterios señalados.

La recalificación efectuada para contruir esa Ciudad Deportiva será en definitiva, conforme a la legalidad vigente siempre que no se pruebe que la misma no se ha realizado de forma objetiva, adecuada, proporcionadas y sin discriminaciones contrarias al principio de igualdad ante la Ley en cuanto límites racionales de la discrecionalidad en la asignación de usos al suelo inherente al planeamiento urbanístico de toda ciudad.

as. 6/54, Rec. I, p.201); b) Conjunto de indicios objetivos que determinen que la medida en concreto ha sido adoptada para alcanzar fines distintos a los expuestos (STJCE 5.VI.1966; as. 18 y 35/65, Rec.1996, p.149); c) _No puede resultar la desviación de poder de meras presunciones (SS:TJCE 15.VII.1963, as. 34/62, Rec.IX, p.269; 17.XI.1976, as. 110/75, Rec.1976, p.1613; 7.XII.1976 (as. 23/76, Rec. 1976, p.1807).