

Sobre el *ius variandi* de la Administración pública: fundamentos y límites

Alberto Ibor Franch

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE URBANISMO

Beatriz Álvarez Mallo

Abogada de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE URBANISMO

I. Introducción	102
II. Naturaleza del <i>ius variandi</i> de la Administración	102
III. La justificación y motivación de las decisiones como límites al <i>ius variandi</i>	103
IV. Presupuestos para las modificaciones de planeamiento	106
1. El interés general como fin concreto	106
2. Realidad fáctica del suelo: naturaleza de la función de planeamiento	109
V. Referencias jurisprudenciales sobre modificaciones de planeamiento	111
VI. La carga de la prueba	113
VII. Conclusiones	114

Índice/



Resumen: La potestad revisora de la Administración, o *ius variandi*, legitima al planificador para variar los usos del suelo. Ahora bien, el control jurisdiccional sobre la actividad discrecional de la Administración conllevará la anulación de aquellas calificaciones que resulten bien incoherentes con las líneas generales del planeamiento, o bien discordantes con la realidad de los hechos; permitiendo, asimismo, establecer directamente la nueva calificación del suelo, únicamente cuando los criterios generales del plan conduzcan a una única solución coherente. Cuando las soluciones sean varias posibles, la Administración actuando discrecionalmente, podrá decidir bien eligiendo aquellas soluciones urbanísticas que estime más convenientes a los intereses generales o bien corrigiendo las deficiencias o excesos de edificación permitidos por el anterior planeamiento. De todo ello se deriva que, para juzgar el control de oportunidad o conveniencia llevado a cabo por el planificador en el ejercicio de su potestad discrecional, la motivación será el elemento clave para determinar en cada caso concreto hasta dónde puede llegar la actividad discrecional de la Administración y cuándo ha de entrar en juego el control jurisdiccional de la misma. La motivación de los actos administrativos debe reflejar la objetividad y razonabilidad que debe predicarse de toda actuación administrativa.

Abstract: The Administration's authority to review the land planning, known as *ius variandi*, empowers it to, among other matters, modify land uses. However, judicial control over the administration's discretionary activity will lead to the annulment of determinations that are either inconsistent with the general lines of land planning, or are at odds with the reality of the circumstances. Likewise, but only when the general criteria of the Plan lead to a single coherent solution, it is possible to directly establish a new land classification. When there are several possible solutions, only the Administration, acting on a discretionary basis, can decide on the matter, choosing the urban planning solutions that it considers most beneficial to the general interests or correcting the deficiencies or excesses of building allowed by the previous Plan. It follows that, in order to judge the control of the opportunity or benefits carried out by the Administration in the exercise of its discretionary authority, justification is crucial in determining how far the discretionary activity of the Administration can go in each specific case, and when the jurisdictional control has to come into force. The justification of administrative actions should reflect the objectivity and reasonability that any administrative action should have.



Palabras clave: Potestad revisora, *ius variandi*, control jurisdiccional, planeamiento, discrecional, interés general, control de oportunidad, motivación

Keywords: Reviewing power, *ius variandi*, judicial control, land planning, discretionary, general interest, suitability control, justification

Sobre el *ius variandi* de la Administración pública: fundamentos y límites

I. Introducción

Una de las cuestiones fundamentales en el ámbito urbanístico es la capacidad de las Administraciones públicas para llevar a cabo actualizaciones en la configuración urbanística de sus territorios, y, en este sentido, las potestades y límites que tienen dichas Administraciones públicas. En particular, en este estudio se aborda uno de los fundamentos básicos de toda actuación urbanística, conocido tradicionalmente como el *ius variandi*.

Esta potestad ha sido analizada por el Tribunal Supremo y por los Tribunales Superiores de Justicia en múltiples ocasiones. Más allá de una cuestión teórica, los límites al *ius variandi* han sido muy relevantes a la hora de determinar la legalidad o no de instrumentos urbanísticos, por lo que parece necesario realizar un análisis más pormenorizado y pausado de este concepto y su interpretación jurisprudencial.

II. Naturaleza del *ius variandi* de la Administración

La *potestas* de la Administración de actuar en el ámbito urbanístico (e.g. ordenar los usos urbanísticos, desarrollar urbanísticamente las ciudades, etc.) es calificada por la jurisprudencia como "discrecional", no arbitraria, y siempre con observación de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución¹.

En todo caso, con la finalidad de comprobar que la decisión no es arbitraria y que las razones alegadas son adecuadas para justificar la decisión adoptada, se admite el control jurisdiccional de aspectos sustanciales como son: (i) la verificación de la existencia de los hechos en que se fundamenta la decisión administrativa; y, lo que es más relevante, (ii) la valoración de estos hechos que realiza la Administración, no solo desde un punto de vista formal (i.e. exigencia de motivación), sino también en sus aspectos materiales.

Por ello, para analizar la naturaleza del *ius variandi* es muy importante tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este tribunal ha venido estableciendo que las Administraciones públicas (en este caso, los ayuntamientos) están investidos de una potestad que las habilita para la configuración urbanística de las ciudades, con el *ius variandi* que tal potestad lleva implícita. Así, el Tribunal Supremo ha afirmado que este *ius variandi*, que se reconoce a la Administración por la legislación urbanística, se justifica en las exigencias del interés público, actuando para ello discrecionalmente, que no arbitrariamente, y siempre con observación de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución.

¹ Vid. Sentencia, de 14 noviembre de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), Rec. 995/2016.

Nuestra jurisprudencia es contundente al señalar que la Administración dispone de una discrecionalidad técnica, de una autonomía política y de la potestad de *ius variandi* en el ámbito del planeamiento urbanístico que le ha sido otorgada por la Constitución y las leyes. Pues bien, en el análisis de esa jurisprudencia subyace la idea de que la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción, que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general.

Del análisis de esta jurisprudencia también se ha de destacar que el Tribunal Supremo condiciona y supedita dicha potestad discrecional de planeamiento a un fin concreto: la satisfacción del interés público. De esta forma, se pretende instaurar un modelo racional de planeamiento que evite la especulación y observe en todo momento los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la Constitución².

En consonancia con lo anterior, nuestros tribunales han venido a establecer que, con carácter general, la discrecionalidad del planificador, el conocido *ius variandi*, no es más que la especie dentro del género de la discrecionalidad administrativa. A estos efectos ha quedado plenamente asentado que el ejercicio de esta potestad discrecional en el ámbito urbanístico se concreta en la libertad de elección que corresponde al planificador para establecer, reformar o cambiar la planificación urbanística. Discrecionalidad que como se ha indicado nace de la ley y resulta amparada por la misma. Y ello se debe a que con dicha libertad de elección ni se anticipa ni se determina el contenido de la decisión urbanística, sino que se confía en el planificador para que adopte la decisión que resulte acorde con el interés general³.

En definitiva, la doctrina tradicional sobre el ejercicio del *ius variandi* reconoce, por tanto, una amplia libertad de elección al planificador urbanístico entre las diversas opciones permitidas por la Ley. Ahora bien, como sucede con la discrecionalidad en general, el ejercicio de tal potestad se encuentra sujeto a una serie de límites, que no pueden ser sobrepasados.

A este respecto, la doctrina y jurisprudencia coinciden en destacar los dos elementos que deben guiar principalmente la actuación de la Administración y que son límites a su potestad discrecional en el ámbito urbanístico: (i) el interés general como fin concreto a perseguir; y (ii) la realidad fáctica del suelo.

III. La justificación y motivación de las decisiones como límites al *ius variandi*

Los tribunales españoles han puesto de manifiesto la necesidad de limitar y/o controlar el *ius variandi* de la Administración a la hora de llevar a cabo su función planificadora, haciendo necesario un cierto nivel de justificación de las decisiones tomadas discrecionalmente.

2 Vid. Sentencia, de 27 de octubre de 2015, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), núm. 313/2014.

3 Vid. Sentencia, de 23 de enero de 2017, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), núm. 79/2017.

En este sentido, la Sentencia 6 de abril de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuyo objeto es la impugnación del Plan de Reforma Interior de la Playa de la Patacona, de Alboraya (Valencia), es un ejemplo del control judicial de la discrecionalidad de la Administración, reconociendo que la motivación se convierte en el requisito formal y material indispensable para la justificación de su legalidad⁴.

En este sentido, hay un aspecto cuyo tratamiento merece nuestra atención, dado que también supone un elemento a valorar a la hora de delimitar el ejercicio del *ius variandi*: el llamado balance de costes-ventajas que, aunque presente en toda nueva ordenación, goza aquí de un mayor protagonismo. Así la citada sentencia establece que también es preciso determinar si el balance costes-ventajas de la nueva ordenación es positivo o negativo; esto es, si las nuevas ventajas que se deriven de la nueva ordenación compensan o no los inconvenientes para los intereses privados, o incluso para otros intereses públicos, que la nueva planificación pueda producir.

En suma, no cualquier interés privado será suficiente, por respetable que sea, para enervar el *ius variandi* del planificador; para ello tiene que tratarse de un interés privado ostensiblemente relevante, o concurrente con intereses públicos de relevancia, y ser además de escasa notoriedad el interés general perseguido por el planeamiento; o bien existir alternativas igualmente eficaces, pero menos gravosas para el interés particular.

Por otro lado, hay que destacar jurisprudencia⁵ en la que se mantiene una postura más laxa a la hora de exigir una justificación y motivación de las modificaciones de los instrumentos de planeamiento, no siendo necesaria la motivación de cada determinación de planeamiento urbanístico sino que basta con incluir los objetivos y criterios de la ordenación del territorio, la justificación del modelo de desarrollo elegido y la descripción de la ordenación propuesta. De este modo las determinaciones del planeamiento no quedan huérfanas de motivación. El encaje de las mismas en el instrumento que corresponda está asegurado con base en los principios generales de racionalidad, proporcionalidad y congruencia.

No obstante, dicha jurisprudencia no determina con exactitud cuál debe ser el grado de justificación del modelo elegido, por lo que finalmente será labor de los tribunales juzgar si la justificación incluida es o no suficiente para negar la actuación arbitraria de la Administración.

A estos efectos, destaca la Sentencia, de 21 de noviembre, del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) núm. 2481/2016 (Recurso 3207/2015) que, al desestimar el recurso de casación confirmando la sentencia de instancia, supone, confirmar el alcance de la potestad de las Administraciones con competencias urbanísticas de determinar el criterio de ordenación de los terrenos. Por eso se valida la Orden autonómica de aprobación de una modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana (el "PGOU"), que procede a unificar en un solo sector los terrenos que en el planeamiento general

4 Vid. Sentencia, de 6 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Rec. 2326/1998.

5 Vid. Sentencia, de 11 de mayo de 2007, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), Rec. 218/2004.

anterior constituían dos sectores, siendo que la delimitación de uno de ellos había sido anulada por sentencia judicial.

El establecimiento *ex novo* de una regulación distinta a la anterior, aunque sobre esta penda un pronunciamiento judicial en cualquiera de sus instancias que haga que aquél no sea firme, es consecuencia del ejercicio del *ius variandi* de la Administración en su ejercicio de la potestad de planeamiento. Por tanto, la Administración puede en cualquier momento ejercer dicha potestad modificando el modelo y criterios de ordenación anteriores, siempre y cuando resulte suficientemente motivado.

Pero si dicho *ius variandi* debe ser una manifestación de la necesidad de adaptación del contenido del planeamiento a las exigencias cambiantes que en cada momento demanda el interés general, el hecho de que dicha potestad se lleve a cabo respecto unas determinaciones que han sido anuladas por un pronunciamiento judicial, de modo que la nueva ordenación no responda exactamente al resultado de dicho pronunciamiento, debe ir acompañado “de una motivación especial, de un plus en la justificación, del que resulte claramente acreditado ante el cambio de circunstancias que las exigencias del interés general demandan tal medida”.

Y es aquí donde la doctrina comentada exige una “motivación particularmente rigurosa que venga a justificar la ordenación proyectada en razones objetivas y consistentes de interés general”. Tan especial es esta exigencia de plus de justificación cuando con el ejercicio del *ius variandi* no se da exacta adecuación al fallo judicial, que llega a invertirse incluso la carga probatoria, de modo que sea la Administración quien tenga que acreditar la falta de intención defraudatoria por una parte y, por otra, la adecuación de la actuación al interés general.

Por ello, la sentencia concluye señalando que es la Administración quien necesariamente tiene que realizar un esfuerzo con el fin de justificar la modificación y/o cambio de ordenación, eliminando así cualquier sospecha de que el planeamiento se modifica para impedir dar cumplimiento al fallo de la sentencia. De este modo, la declaración de nulidad pretendida debe acogerse cuando de la nueva ordenación derivada del cambio de planeamiento se revele que la finalidad perseguida es precisamente la de eludir la ejecución del fallo.

Así, para evitar una “petrificación” en el ejercicio de la potestad de planeamiento, resulta justificada la actuación de la Administración de llevar a cabo una modificación del PGOU, debiendo valorarse si la modificación proyectada tiene o no la finalidad de incumplir una resolución anterior o de convertir en legal lo ilegal, debiéndose estar a si se atiende o no racionalmente el interés público urbanístico.

Ello coincide con lo dispuesto por el Tribunal Supremo, que señala que la Administración que modifica la clasificación preexistente del suelo es la que tiene la carga de la prueba de la justificación, debiendo ofrecer una expresa motivación suficientemente justificada y basada en razones de interés público. Como

es lógico, si el planificador decidió en un plan anterior que determinados suelos debían ser clasificados de un modo concreto, le será exigible que el plan posterior, en el que decide incluir esos suelos en el proceso urbanizador clasificándolos de otro modo, exponga con claridad las razones que justifican una decisión que contraviene la anterior, en una cuestión no regida por su discrecionalidad.

Esta decisión posterior no está amparada sin más, o sin necesidad de más justificación, por la genérica potestad reconocida a aquél de modificar o revisar el planeamiento anterior (*ius variandi*); ni lo está sin más, o sin necesidad de esa concreta justificación, por la discrecionalidad que con carácter general se pregonaba de la potestad de planeamiento. Por ende, es a la Administración que toma esa decisión posterior a la que incumbe en el proceso la carga de la prueba de la justificación; la carga de probar que sí existían las razones suficientes para adoptar dicha decisión⁶.

IV. Presupuestos para las modificaciones de planeamiento

1. El interés general como fin concreto

La jurisprudencia entiende mayoritariamente que, dado que el *ius variandi* concede un amplio margen de decisión a la Administración, es exigible que, en lo que respecta a sus decisiones sobre cuál debe ser la configuración y el diseño urbano de la ciudad, éstas estén clara e indubitablemente orientadas a la consecución del interés general.

La doctrina y la jurisprudencia mantienen una posición unánime al analizar las implicaciones de atender al interés general como principio rector y como límite al *ius variandi* de la Administración. Sin embargo, no existe una definición unívoca de interés público.

Para algunos autores⁷ el interés público está íntimamente relacionado con la objetividad y con la racionalidad y, por lo tanto, requiere de motivación para que sea aceptado. El interés público aparece con todo su sentido cuando la Administración actúa discrecionalmente, disponiendo de un margen de libre apreciación para la toma de decisiones. La exigencia legal de motivación explica hasta qué punto el interés público debe tratarse siempre en un contexto de racionalidad. De lo contrario, cuando el interés público no se motiva, entra en juego la arbitrariedad y el autoritarismo. El interés público, como piedra angular del derecho administrativo, reclama que se gestione, se administre o se interprete siempre en el marco de la objetividad y de la racionalidad.

En el ámbito del derecho urbanístico parte de la doctrina reconoce la existencia de una creciente participación ciudadana en la elaboración, tramitación y aprobación de los instrumentos urbanísticos de planeamiento, como forma de completar el significado del interés general. Es decir, se reconoce un papel relevante a la

6 Vid. Sentencia, de 6 de septiembre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Núm. 1997/2016 [RJ 2016\5776]; y Sentencia, de 15 de marzo de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Rec. 6/2018.

7 RODRIGUEZ ARANA, J.: "El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas". Actualidad Administrativa, Nº 8, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 abr. 2010, pág. 915, tomo 1, Editorial LA LEY.

participación ciudadana en la preparación de los instrumentos de planeamiento, pero manteniendo la Administración la potestad de tomar la decisión final, atendiendo a las alegaciones que se hagan en el periodo de información pública, pero basando su decisión en el criterio del interés general que debe predominar y del que la Administración es el principal garante.

A este respecto, la jurisprudencia ha introducido aspectos que han permanecido inmutables e inalterables y que siguen respondiendo a la realidad actual (e.g. control de los hechos determinantes, principios generales del derecho, etc.). En este sentido, y así ha sido asumido por parte de la doctrina, la participación ciudadana proporciona elementos de juicio a la Administración, que tendrá en cuenta las alegaciones y sugerencias de los ciudadanos como una posibilidad entre otras, siendo ésta quien tomará la última decisión con su visión global del territorio ordenado⁸.

En relación con el alcance de la participación ciudadana, es necesario hacer especial hincapié en aquellas situaciones en las que existe o puede existir cierta confrontación entre el interés general y los intereses particulares, siendo dicha participación un elemento de equilibrio entre ambos intereses contradictorios.

El interés general puede definirse como el presupuesto habilitante para el ejercicio del *ius variandi*. Su importancia es de tal calado que, de no estar presente, la decisión de la Administración no sería ajustada a Derecho y, cabría esperar su impugnación aduciendo que no se ha cumplido con el fin último de su existencia; esto es, tomar una decisión en materia urbanística que redunde en interés de la generalidad.

Cuando se lleva a cabo una revisión del planeamiento debe acompañarse de la preceptiva orientación hacia los intereses generales, atendiendo a un cambio de circunstancias que lo motive. Esta línea ha sido en numerosas ocasiones confirmada por el Tribunal Supremo, que ha afirmado que la revisión del planeamiento anterior constituye no solo una potestad, sino incluso un verdadero deber administrativo cuando las circunstancias concurrentes así lo demanden en aras de la mejor satisfacción de los intereses generales. Esto es, la potestad de planeamiento incluye la de su reforma, sustitución o modificación, para adecuarlo a las exigencias del interés público, susceptibles de cambiar, incluso, con el solo devenir temporal.

En consecuencia, frente al ejercicio de dicha potestad se deberá desplegar una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad y la seguridad jurídica, con desviación de poder o por falta de motivación en la toma de sus decisiones⁹.

Por lo tanto, se configura la satisfacción del interés general como fin concreto y/o exigencia de la que en ningún caso quedará liberada la Administración en la

8 Vid. Sentencia, de 11 de marzo de 1991, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) [RJ 1991\1982].

9 Vid. Sentencia, de 14 de febrero de 2007, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 5245/2003. En esta Sentencia se basa la elaboración del artículo titulado: "Reclasificación de terrenos pese a la aprobación de un plan de actuación urbanística: aplicación del *ius variandi* del planificador. Control judicial de la discrecionalidad del planificador". *Práctica Urbanística*, Nº 60, Sección El urbanismo en el estrado, mayo 2007, pág. 39, Editorial LA LEY.

toma de decisiones administrativas, entre las que se encuentran las decisiones tomadas en el marco de su función planificadora, aun siendo esta potestad de planeamiento discrecional¹⁰.

La potestad de planeamiento urbanístico es atribuida por el ordenamiento jurídico con el fin de que la ordenación resultante (e.g. diseño de espacios habitables, usos y equipamientos, perspectivas de desarrollo, ampliación o expansión, etc.), sirva con objetividad al interés general (no únicamente a los intereses de unos propietarios y/o los de la propia Corporación Municipal). Asimismo, es necesario justificar y motivar convenientemente el cumplimiento de este requisito en la memoria del instrumento de planeamiento de que se trate; cuanto más reducido sea el ámbito abarcado, más rigurosa y precisa ha de ser la motivación¹¹.

La jurisprudencia insiste en la necesidad de motivar convenientemente las decisiones tomadas por la Administración en el ejercicio de su potestad decisoria. La actuación orientada al interés general se articula, en el ámbito urbanístico, como una presunción *iuris tantum*.

10 Vid. Sentencia, de 14 de junio de 2011, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 3828/2007.

11 Vid. Sentencia, de 26 de julio de 2006, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 2393/2003, Sentencia, de 30 de octubre de 2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 5957/2003, y, Sentencia, de 24 de marzo de 2009 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 10055/2004.

12 Vid. Sentencia, de 14 de octubre de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Rec. 1338/1999.

13 Vid. Sentencia, de 19 de mayo de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), Rec. 548/2003.

Así lo ha venido reiterando nuestra jurisprudencia, al señalar que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de la potestad discrecional de la Administración urbanística ha de basarse en una clara actividad probatoria que deje seriamente acreditado que la Administración al planificar: (i) ha incurrido en error manifiesto respecto de los hechos determinantes de su actuación o; (ii) actuando al margen de sus facultades discrecionales, ha adoptado una decisión arbitraria apartándose de los intereses generales a que debe servir, no teniendo en cuenta la función social de la propiedad o la estabilidad o la seguridad jurídica; o (iii) ha obrado con desviación de poder o con manifiesta falta de motivación.

Por tanto, dada la presunción *iuris tantum* de que la Administración ejerce sus potestades con arreglo a derecho, para destruirla o desvanecerla no son suficientes meras alegaciones ni simples conjeturas o sospechas, sino que es preciso que el tribunal llegue, tras un examen de la prueba aportada, a la convicción de que la Administración no utilizó sus potestades con miras en el interés general¹². Es decir, para que se entienda vulnerado el interés general por la Administración es necesario que quede suficientemente probado que la actuación de la Administración fue arbitraria y, por tanto, no es ajustada a Derecho¹³.

Por todo lo anterior se puede decir que la potestad pública en materia de planeamiento urbanístico tiene su razón de ser en la satisfacción de un interés general que prima, en todo caso, sobre los objetivos e intereses particulares que puedan estar en juego. Esto implica que el interés público y no el privado ha de ser el elemento decisorio para la redacción, modificación o, en su caso, revisión de cualquier instrumento urbanístico.

Se trata pues, de una potestad que debe servir para una mejor satisfacción de los intereses generales. De este modo, el éxito de quien pretenda oponer alguna excepción al ejercicio de esta potestad, dependerá en buena parte de que pueda

acreditar con pruebas fehacientes que la Administración ha actuado en contra del interés general.

2. Realidad fáctica del suelo: naturaleza de la función de planeamiento

La jurisprudencia exige el mismo nivel de motivación o justificación cuando, superada la fase de diseño inicial del territorio a través de un instrumento urbanístico, la Administración decide potestativamente modificar o alterar su contenido por la presencia de nuevos hechos que hayan modificado la situación fáctica de los suelos y que requieran de una modificación del correspondiente instrumento urbanístico, al haber dejado de ser idóneo dadas las condiciones actuales.

Es la propia naturaleza del planeamiento el segundo pilar sobre el que reside el *ius variandi* en el ámbito del derecho urbanístico. Así lo señala el propio Tribunal Supremo, que argumenta que la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, justifican plenamente el *ius variandi* que en este ámbito se reconoce a la Administración. Esta dispone de un amplio margen de discrecionalidad en torno a la calificación de los terrenos y de su uso y aprovechamiento, que implica la adecuación lógica de las opciones elegidas en cada caso, dentro del ámbito de dicha discrecionalidad, al modelo territorial elegido y a las consecuencias dimanantes del mismo en orden a la clasificación y calificación del terreno¹⁴.

Se ha de incidir en que un cambio en las circunstancias originales de un ámbito o sector determinado deberá ser convenientemente reflejado en los instrumentos de planeamiento, que deberán ser sometidos a la correspondiente revisión y, en su caso, modificación.

Esta facultad de modificación del planeamiento, siempre atendiendo a los términos que la Administración estime convenientes, y siempre en función de las circunstancias cambiantes que concurran, también es objeto de tratamiento jurisprudencial. Así, la Jurisprudencia señala que las Corporaciones Locales pueden hacer las elaboraciones y modificaciones del planeamiento que las circunstancias exijan en cada momento, ello dentro de los parámetros legales establecidos y/o de acuerdo con el planeamiento vigente, con discrecionalidad, valorando el interés general y con sujeción al principio de racionalidad¹⁵.

Se trata, por tanto, de acreditar que la decisión de modificar el planeamiento por la Administración se encuentra debidamente basada en la concurrencia de nuevas circunstancias, cuya aparición haga necesario el citado cambio en el planeamiento. Sin embargo, en algunas ocasiones se ha tratado de impugnar una modificación o revisión puntual del planeamiento urbanístico sobre la base de una supuesta vulneración del principio de seguridad jurídica. No obstante, nuestros tribunales han señalado que una modificación o revisión puntual es un concepto central del derecho urbanístico, que define el marco físico elegido para el desarrollo de la convivencia y prefigura qué transformaciones se van a introducir en la

14 Vid. Sentencia, de 3 de enero de 1996, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 5351/1991.

15 Vid. Sentencia, de 3 de julio de 2001, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 6882/1996.

realidad de hecho existente en el momento de su formulación. Por ello, y tratándose de una norma de rango reglamentario, la Administración está habilitada para su alteración en base al *ius variandi*. A estos efectos, tanto en el trazado del marco físico de la convivencia, como en la posibilidad de modificación cuando el interés público lo demande, el plan se formula, modifica o revisa al margen de los intereses de los propietarios de los terrenos afectados, al ser el urbanismo una función pública. No obstante lo anterior, se lleva a cabo a través de unos trámites que abren una vía de participación a los ciudadanos, pero la decisión se adopta en atención al interés público con independencia de cuales sean las aspiraciones o expectativas de los propietarios de terrenos afectados.

Ello supone que el principio de seguridad jurídica no pueda entenderse infringido por un cambio en la calificación urbanística del suelo, pues el *ius variandi* de la Administración le permite adecuar el ordenamiento urbanístico a las nuevas circunstancias demográficas, sociales y económicas que demanden una alteración de la anterior regulación jurídica urbanística presidida por la utilidad pública¹⁶.

Por lo tanto, según la Jurisprudencia, la posibilidad de adaptar los instrumentos de planeamiento a la realidad fáctica del suelo respeta el principio de seguridad jurídica, dado que la potestad de la Administración para reflejar la realidad en cada momento se justifica en los cambios de diversa índole que dejan obsoletos dichos instrumentos y que deben ser objeto de revisión con cierta periodicidad.

Todo ello, teniendo en cuenta la premisa de que los instrumentos de planeamiento no son definitivos ni tienen duración infinita. Al contrario, deben suponer la oportunidad para abordar el reto de la planificación del crecimiento de las ciudades adaptándola a la realidad del municipio y a las previsiones de desarrollo que el planificador tenga sobre el mismo.

En este sentido, se señala que las Administraciones públicas podrán modificar en cualquier momento las determinaciones de los instrumentos de planeamiento urbanístico, de oficio, a instancia de otras Administraciones públicas, o a instancia de particulares, debiendo entender que los instrumentos de planeamiento urbanístico y las Normas Urbanísticas Municipales tienen vigencia indefinida pero no de una manera absoluta o categórica sino susceptible de poderse alterar y modificar (en ocasiones ello vendrá impuesto por la propia realidad de los hechos que se den o acontezcan en el Municipio ordenado por dicho instrumento de planeamiento general)¹⁷.

16 Vid. Sentencia, de 27 de febrero de 1996, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 3623/1991.

17 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F. "Derecho Urbanístico de Castilla y León", 2ª Ed. 2005. Pág. 62-63. Editorial LA LEY

Igualmente, cabe destacar la aplicación de la doctrina de la "fuerza normativa de lo fáctico" por el Tribunal Supremo, que ha venido afirmando que la clasificación de un terreno como suelo urbano constituye un imperativo legal que no queda al arbitrio del planificador, sino que debe ser definido en función de la realidad de los hechos y con respeto a la realidad de sus servicios. Es decir, hay que conferir especial relevancia a la fuerza normativa de lo fáctico para considerar como urbanos los terrenos atendiendo a la realidad, lo que hace, a la inversa, que la inclusión o no en un plan de tales terrenos como urbanos quede fuera de la esfera

voluntarista de la Administración¹⁸. La jurisprudencia, por lo tanto, refrenda la necesidad de tener en cuenta la realidad fáctica de los terrenos a la hora de clasificar el suelo a través de los instrumentos de planeamiento con los que cuentan los ayuntamientos.

En este sentido, hay que tener en cuenta la finalidad última de la planificación urbanística, que no es otra que la regulación del crecimiento ordenado de los núcleos urbanos, atendiendo a los distintos usos con base en las necesidades que los municipios tengan en un momento determinado y a las modificaciones sociales, económicas y demográficas.

V. Referencias jurisprudenciales sobre modificaciones de planeamiento

A mayor abundamiento, en línea con la doctrina jurisprudencial expuesta hasta el momento, hay que destacar que en la concepción del *ius variandi*, la necesidad de motivación es un elemento esencial en los procedimientos contencioso administrativos relativos a impugnación de instrumentos de planeamiento. Si bien es cierto que, como hemos visto anteriormente, los tribunales reconocen unánimemente el *ius variandi* y la potestad de la Administración en materia de redacción y modificación de Planes Generales de Ordenación Urbana, tanto el grado de motivación como la intensidad de la justificación técnica que debe incluir cada instrumento de planeamiento es enjuiciado individualmente y varía en función de cada supuesto.

En este sentido, cabe destacar la postura de, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el "TSJM"), que ha mostrado una tendencia a exigir que la aprobación de los instrumentos de planeamiento lleve implícita las justificaciones técnicas exigidas por la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (la "LSCM"), de una forma sólida y detallada, con documentación que sustente las mismas.

Por ejemplo, mediante la Sentencia del TSJM, de 21 de junio de 2013 y, posteriormente, mediante la Sentencia de 1 de julio de 2015 del Tribunal Supremo, se anuló el acuerdo de la Comunidad de Madrid, de 19 de enero de 2012 por el que se aprobó definitivamente la Modificación Puntual del PGOU de Madrid de 1997 para la ampliación de tres grandes centros comerciales de El Corte Inglés en Madrid, al considerar que la modificación urbanística no estaba suficientemente justificada.

En este sentido, los tribunales recuerdan que el artículo 42.1 c) de la LSCM requiere justificar expresamente la idoneidad de las divisiones en áreas homogéneas. A estos efectos, y según recuerdan dichas sentencias, en la memoria no existía un estudio técnico que determinase las necesidades comerciales que acuciaban a los antiguos ámbitos en los que se ubicaban los tres centros comerciales ya existentes.

18 Vid. Sentencia, de 6 de junio de 1989, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).

En ambas sentencias se está realizando una aplicación estricta de la LSCM y requiriendo que cualquier redacción o modificación de planeamiento esté justificada y motivada de una forma exhaustiva y suficiente. La actuación cuestionada no puede ampararse únicamente en la genérica potestad del planificador de modificar el planeamiento anterior. La exigencia de motivación en estos supuestos tiene que ser máxima. Particularmente en este caso, se exige, de modo razonable y fundado, justificar la idoneidad de la discontinuidad del ámbito de actuación.

En esta línea, es preciso traer a colación jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, derivada de pronunciamientos como por ejemplo los emitidos en relación con la construcción del ya famoso hotel Algarrobo en Carboneras (Almería), con base en la Sentencia, de 21 de marzo de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, rec. 1298/2008.

En este supuesto, la Junta de Andalucía reconociendo los terrenos como urbanizables, utilizaba el argumento del *ius variandi* de la Administración en su potestad de planificación territorial para legitimar una zonificación en el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales ("**PORN**") incompatible con la clasificación urbanizable de los terrenos. Sin embargo, la parte codemandada mantenía que la clasificación y los actos administrativos aprobados durante su desarrollo resultaban nulos de pleno derecho, por lo que, sobrevenidamente, el PORN consideraba los terrenos como espacio protegido no urbanizable.

En la práctica, como se ha expuesto previamente y tal y como señalan algunos autores, la potestad de la Administración en materia de planeamiento y el ejercicio de *ius variandi* tienen que estar suficientemente justificados y motivados para que las modificaciones de planeamiento propuestas no incurran en vicio de nulidad. Además, dicha motivación que, en los instrumentos de planeamiento debe incluirse tanto en la memoria del documento como en los informes que incorpore el mismo, tiene que pronunciarse expresamente sobre los siguientes puntos: (i) el respeto a los derechos adquiridos por los propietarios de los terrenos en relación con las modificaciones llevadas a cabo; o (ii) el contenido indemnizatorio que la actuación pueda traer consigo. En este sentido, se ha defendido que "la indemnización a los derechos adquiridos encuentra soporte en la doctrina de las resoluciones del Parlamento Europeo, debiéndose tomar en consideración en relación con su función social, al objeto de evitar que las restricciones a los derechos adquiridos a resultas del *ius variandi* de la Administración en su potestad de planeamiento, no constituyan, en palabras de la citada doctrina, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia de los derechos así garantizados"¹⁹.

19 HERNANDEZ JIMENEZ, HILARIO: "Determinaciones de instrumentos de planeamiento territorial. *Ius Variandi*. Respeto a los derechos adquiridos". Práctica Urbanística. 2014. Pág. 4. Editorial LA LEY.

VI. La carga de la prueba

El análisis de la carga de la prueba cobra importancia cuando se juzga el correcto ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración. Debe tenerse en consideración que pueden darse dos situaciones, ambas respaldadas por la jurisprudencia: (i) que sea el afectado y / o impugnante quien tenga que acreditar que la Administración, al planificar, ha incurrido en error o se ha alejado de los intereses generales, sin tener en cuenta la seguridad jurídica o con desviación de poder; o por el contrario, (ii) que se produzca una inversión de la carga probatoria y corresponda a la Administración acreditar la existencia de razones para adoptar dicha decisión así como adecuación al interés general e inexistencia de intención defraudatoria.

En este sentido se pronuncia la jurisprudencia, que, en numerosas sentencias, entre otras, la Sentencia, de 27 de abril de 2016, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 3381/2014, señala que “Es doctrina consolidada de esta Sala, (...), que el ejercicio del “ius variandi” que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo, es materia en la que actúa discrecionalmente -que no arbitrariamente- y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución; de tal suerte que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas, o con desviación de poder, o falta de motivación en la toma de sus decisiones”. Por ello, para un correcto ejercicio del *ius variandi* es preciso que se actúe en base a una clara actividad probatoria, acreditando plenamente que la Administración al planificar ha incurrido en error o al margen de la discrecionalidad, etc.

Por el contrario, como se ha expuesto previamente, en la Sentencia, de 3 de julio de 2007, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Recurso 3865/2003, se recuerda que “es a la Administración que toma esa decisión posterior a la que incumbe en el proceso la carga de la prueba de la justificación; la carga de probar que sí existían las razones hábiles para adoptar dicha decisión. O lo que es igual: no es al impugnante a quien incumbe la carga de probar que tales razones no existen”.

VII. Conclusiones

A la vista del análisis doctrinal y jurisprudencial realizado en este artículo, estimamos que en la esfera urbanística el alcance y la justificación del concepto jurídico indeterminado del *ius variandi* resulta esencial a la hora de promover las modificaciones del planeamiento urbanístico de los municipios, toda vez que el objetivo de las Administraciones públicas es procurar dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos y, por consiguiente, establecer un régimen de usos del suelo lo más actualizado posible a dichas necesidades.

Por ello, el reto al que se enfrentan las corporaciones locales es la motivación de la justificación y procedencia de la adaptaciones urbanísticas, mediante la aprobación de un PGOU y/o su modificación, siendo dicha modificación amparada, en términos generales, por su facultad o potestad de modificación del planeamiento en base al citado *ius variandi*.

En este sentido, como hemos visto, se reconoce amplia libertad de elección al planificador urbanístico, siendo necesario motivar, sin determinarse con exactitud cuál debe ser el grado de motivación, las decisiones tomadas discrecionalmente con base en el interés general y la realidad fáctica del suelo, debiendo cumplirse adicionalmente otros requisitos como son la discrecionalidad –que no arbitrariedad–, la estabilidad, la seguridad jurídica, etc.

En definitiva, no se trata de que, de forma inequívoca la Administración tenga que optar por el mejor modelo urbanístico desde un punto de vista técnico-económico, sino de que se adopte un modelo suficientemente justificado, apoyado en datos objetivos, que responda a las necesidades y exigencias cambiantes del interés público (susceptibles de cambiar incluso con el solo devenir temporal) y a criterios de oportunidad, evitando así que el ejercicio del *ius variandi* vulnere los límites racionales de la discrecionalidad.

Por todo ello, el fin último no es otro que la regulación del crecimiento ordenado de los núcleos urbanos, teniendo en cuenta los distintos usos con base en las necesidades que los municipios tengan en un momento determinado y las modificaciones sociales, económicas y demográficas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de ejercer la labor de planificación urbanística.