

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACION: EL ERROR EN LA APRECIACION DE LOS HECHOS (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de julio de 1988 y del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990).

*SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA. —II. REFLEXIONES DE CARÁCTER PRELIMINAR: APUNTES SOBRE LA CONVENIENCIA O NO DE INTRODUCIR LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. —III. LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO: A) *El relato de los hechos.* B) *El desarrollo del proceso en primera instancia ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: a) Demanda y contestación. Actuaciones judiciales posteriores. b) La Sentencia: la cuestión de inadmisibilidad. c) La Sentencia: ideas centrales en cuanto al fondo. d) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: valoración de la conducta procesal y de los argumentos sustantivos aportados por los recurrentes. C) *El desarrollo del recurso de apelación y la Sentencia del Tribunal Supremo.* —IV. REFLEXIONES FINALES: A) *El error en la apreciación de los hechos como nervio doctrinal de las resoluciones judiciales objeto de este estudio.* B) *La concepción sustantiva latente del proceso contencioso-administrativo en las Sentencias comentadas.* C) *Los prejuicios dogmáticos existentes y las supuestas «razones de principio».***

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA

Este comentario versa sobre la actividad discrecional de la Administración, más exactamente, sobre el control judicial de esa actividad.

Siempre que la discrecionalidad aparece en escena, el debate se vuelve apasionante. El tema de la discrecionalidad de la Administración es considerado el «caballo de Troya» del Derecho Administrativo (en feliz expresión de HUBER, hoy por todos conocida). La discrecionalidad es la «barreira» ante la cual parecen estar destinadas a estrellarse todas las técnicas de control que la doctrina va acuñando fatigosamente a lo largo de los años.

Las Sentencias que vamos a examinar afrontan esta delicada cuestión. Lo hacen con moderación y rigor, sin ningún tipo de estridencias. Son modélicas en este sentido. Cuando así se hace, además, a nadie sorprenden las consecuencias y los resultados se aceptan por todos de forma perfectamente natural.

Por lo demás, estamos ante un auténtico «tema testigo», puesto que la discrecionalidad de la Administración se plantea en un sector especialmente significativo: la planificación urbanística. La ordenación de un determinado territorio y la vinculación de sus partes a los usos que

demanda el interés general es el campo por excelencia de la discrecionalidad administrativa. Más, incluso, que otros sectores donde la discrecionalidad es también muy acusada, como, por ejemplo, la resolución de concursos de personal, de contratos administrativos o de concesiones de bienes y de servicios. Quizá, porque las opciones sobre cómo ordenar un determinado territorio parecen infinitas; mientras en el resto de los supuestos mencionados las posibilidades son más limitadas (a veces, por ejemplo, se trata de decantarse sólo entre dos alternativas), lo que siempre facilita las cosas de cara al enjuiciamiento de una decisión.

II. REFLEXIONES DE CARÁCTER PRELIMINAR: APUNTES SOBRE LA CONVENIENCIA O NO DE INTRODUCIR LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Enseguida pasaremos a examinar en detalle el contenido concreto de las resoluciones judiciales objeto de este estudio y también las líneas generales del proceso contencioso-administrativo que conduce hasta las mismas. Este comentario, sin embargo, ha dado ocasión para plantear algunas cuestiones incidentales sobre las que conviene debatir.

Así, por ejemplo, en relación al acto impugnado, el Plan General de Ordenación Urbana de Lloret de Mar. Por estar confiada la aprobación de dicho Plan, no al propio municipio, sino a un órgano periférico de la Comunidad Autónoma como «autoridad de tutela», la Generalidad de Cataluña va a ser la Administración demandada en este proceso. No obstante ello, es evidente que la aprobación de un Plan General es uno de los episodios propios y característicos de lo que podríamos denominar la vida local de un país.

¿Qué habría ocurrido si en su lugar los Tribunales hubiesen tenido que enjuiciar el acto propio de una Administración superior, por ejemplo, el famoso Plan General de Carreteras del MOPU 1984-1991? Desde luego, nadie puede saberlo. Sin embargo, lo que aquí importa es recordar que la jurisprudencia, ya desde hace algún tiempo, ha venido adoptando una línea más firme y activa en el enjuiciamiento de la esfera local, la cual de alguna manera viene a desempeñar el papel de una especie de «laboratorio», donde se ensayan unos instrumentos y unas técnicas de control que después, a la vista de los resultados, llegarán o no a generalizarse (opinión muy extendida en la doctrina; como botón de muestra, vid. T. R. FERNÁNDEZ, *El sistema de plazo abierto para la impugnación de las ordenanzas locales de exacciones*, «REDA», 1, 1974, págs. 113 y ss.).

Nada de lo dicho es nuevo, por supuesto. Y por esto sólo, las resoluciones judiciales objeto de este estudio no merecerían ni siquiera ser comentadas, pudiendo a lo sumo ser consideradas como un paso más dentro de la línea jurisprudencial a la que acabamos de hacer referencia. Pero lo que aquí queremos resaltar es otra cosa. El tema planteado tiene unas connotaciones especiales en el marco del debate actual en torno a la conveniencia de introducir en nuestro país los anunciados Juzgados de lo contencioso-administrativo, órganos de carácter unipersonal y previstos inicialmente para el control de los actos de la Administración local.

En una primera impresión muy superficial, su puesta en funcionamiento podría considerarse que va a traer una intensificación del control de la acción administrativa en general, puesto que, en definitiva, serán más las instancias judiciales dedicadas a tal menester. Recordando ahora, sin embargo, que la jurisprudencia existente en materia local acostumbra a ser más avanzada, se adivinan fácilmente los peligros que para dicha jurisprudencia la introducción de los Juzgados de lo contencioso-administrativo podría representar.

Es fácil imaginar, en efecto, que el control realizado por éstos no será tan «efectivo» como el que llevan a cabo los actuales Tribunales Superiores de Justicia (antiguas Audiencias Territoriales), órganos de carácter colegiado ubicados en los grandes centros de población a los que pretenden sustituir en el control de la Administración Local. Al ser unipersonales los Juzgados, sus titulares no podrán descargar su responsabilidad sobre la cómoda cobertura que proporcionan los órganos colegiados, y su posición será bastante más fragil y delicada. Dato que se pone en evidencia aún más, si, tal como parece lo más probable, por estar situados en el escalón inferior de la planta judicial, a los Juzgados irán destinadas las personas apenas ingresadas en la carrera judicial, personas generalmente más temerosas a la hora de emplearse, producto de la natural inseguridad con que uno acostumbra siempre a iniciar sus quehaceres profesionales. El carácter individual del órgano facilita, por lo demás, el contacto y las relaciones personales (en este caso, entre autoridades administrativas y judiciales), sobre todo, en pequeñas urbes donde los especialistas en Derecho escasean, lo que hace más difícil la objetividad y serenidad en el juicio.

En fin, hemos querido sólo apuntar una nueva perspectiva dentro de esta problemática que ahora está planteada entre nosotros.

III. LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

A) *El relato de los hechos*

El relato de los hechos no reviste especial interés. No hay nada original en ellos. Este es un caso como tantos otros en que los propietarios de una finca van a verse afectados por las previsiones de un plan urbanístico, el Plan General de Ordenación Urbana de Lloret de Mar, que proyecta, concretamente, la construcción de un vial de circunvalación en terrenos de propiedad de aquéllos.

Los propietarios comparecen en el expediente administrativo incoado por el Ayuntamiento de Lloret de Mar para la elaboración del Plan General y presentan sus alegaciones en fase de información pública. Sin embargo, no son tenidas en cuenta, y el Plan General se aprueba provisionalmente por el Ayuntamiento tal como estaba proyectado, elevándose a la Comisión Permanente de Urbanismo de Girona para la aprobación definitiva, que se producirá por Acuerdo de 15 de marzo de 1985.

Promovido recurso de alzada ante la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad como era preceptivo, se rechaza sin entrar siquiera en el fondo de la cuestión. Entiende la Consejería que ha transcurrido el plazo previsto para la interposición del recurso de alzada y, en consecuencia, inadmite el citado recurso por extemporaneidad.

B) *El desarrollo del proceso en primera instancia ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

a) *Demanda y contestación. Actuaciones judiciales posteriores.*

En esta situación, nada favorable para los particulares, llegan las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La *demanda* tiene que convencer a la Sala de que el recurso es admisible, por una parte, y, además, que debe ser estimado en cuanto al fondo.

La admisibilidad trata de justificarse en el hecho de que si bien ha transcurrido el plazo legalmente previsto para la interposición del recurso de alzada desde la publicación en el «Boletín Oficial de la Provincia» del Plan General de Ordenación Urbana de Lloret de Mar, no ocurre lo mismo si como *dies a quo* se toma en consideración la notificación individual practicada por el Ayuntamiento a los recurrentes.

En cuanto al fondo, los recurrentes invocan tres argumentos, apoyados por el Dictamen de un arquitecto que se acompaña al escrito de demanda: 1. El vial atraviesa una finca donde en la actualidad existe un *camping*, lo que ocasiona notables perjuicios; 2. La construcción del vial resulta inviable, dada la naturaleza física de los terrenos por los que se prevé que discurrirá (argumento de carácter técnico); 3. Con menor coste, y muy cerca del vial impugnado, existe otro que, con una mínima inversión, cumpliría el mismo objetivo (argumento de carácter económico, y alternativa menos gravosa).

La Generalidad de Cataluña, en la *contestación a la demanda*, rebate los argumentos expuestos por los recurrentes, proponiendo la inadmisibilidad del recurso y, subsidiariamente, su desestimación.

Planteadas así la controversia, es importante retener que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña va a acordar la práctica de una *prueba pericial*, primero, y, después, como *diligencia para mejor proveer*, que la Administración informe sobre diversos extremos sometidos a su consideración por la Sala.

b) *La Sentencia: la cuestión de inadmisibilidad.*

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de julio de 1988 va a rechazar, primero, la causa de inadmisibilidad alegada. Estima correctamente que el *dies a quo* debe venir determinado por la fecha de la notificación personal y no por la fecha de la publicación del Plan General en el «Boletín Oficial de la Provincia»:

«la publicación del acto de aprobación definitiva de los planes de ordenación, constituye la forma exigible de dar a conocer a los particulares dicha aprobación definitiva, para que, si lo estimen conveniente, poder impugnarla; pero, como en el caso enjuiciado ocurre, cuando se notifica personalmente a los actores la aprobación definitiva del Plan de Ordenación de Lloret de Mar, indicándoles la posibilidad de interponer contra el mismo recurso de alzada y, efectivamente lo formulan dentro del plazo, no puede reputarse dicho recurso de alzada extemporáneo».

El argumento empleado en apoyo de esta tesis no llega, sin embargo, a ser del todo convincente:

«dado que éste (el Ayuntamiento) creyó que procedía llevar a cabo una notificación personal, por haber formulado los hoy actores alegaciones durante la tramitación del Plan; y como no puede perjudicar a los recurrentes el posible desfase o error que haya padecido la Administración, teniendo en cuenta el derecho a la tutela efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución, ha de concluirse que el recurso de alzada no fue extemporáneo».

Para la Sala, en definitiva, pudo producirse un error. Y «nadie puede beneficiarse de su propia torpeza» (*allegans propriam turpitudinem non auditur*), puesto que ello supondría una vulneración del artículo 24 de la Constitución.

Más adelante, sin embargo, volveremos sobre esta cuestión, porque lo que ahora importa es conocer la resolución del Tribunal en cuanto al fondo.

c) *La Sentencia: ideas centrales en cuanto al fondo.*

Y en cuanto al fondo, procede el Tribunal con cautelas, recordando, en primer lugar, el criterio general que sobre esta materia tiene establecido la jurisprudencia:

«el planificador goza del "ius variandi" para regular la ordenación del territorio, lo que incluye un suficiente grado de discrecionalidad para la fijación de objetivos a cumplir, en aras del mejor servicio a la comunidad, y para la elección de los adecuados medios tendentes al cumplimiento de tales fines, sin que las meras opiniones, por fundadas que parezcan, los criterios técnicos y las apreciaciones de los particulares sobre temas de algún modo extrajurídicos, puedan prevalecer, en general, sobre los criterios adoptados por la Administración, amparados en el ar-

título 103.1 de la Constitución, dada la presunción de acierto que adorna la actividad administrativa, frente a la natural parcialidad y lógica defensa de sus intereses, que, en principio, caracteriza la visión que los particulares tienen de los problemas que les afectan».

Así, pues, la Administración cuenta con un alto grado de discrecionalidad, sin que, en principio, puedan prevalecer los puntos de vista particulares sobre los generales.

No pasan inadvertidas, ciertamente, la sensatez y cautelas con que actúa el Tribunal de instancia. Ahora bien, como decíamos, éste es sólo el punto de partida. *Toda decisión administrativa, por muy discrecional que sea, puede ser objeto de debate jurídico y eventualmente corregida y revocada:*

«lo anterior en modo alguno puede suponer que queden fuera de la función fiscalizadora de los Tribunales, las decisiones administrativas tomadas con base en la referida potestad discrecional, pues aparte y además de que en todo caso pueden detectarse matices que afectan a la legalidad de la decisión combatida, y *salvada siempre la posibilidad de apreciar desviación de poder, es factible examinar si el acto administrativo se funda en presupuestos fácticos erróneos, o se base en una notoria apreciación falsa de la realidad*, pues de lo contrario se ignoraría el mismo artículo 103.1 de la Constitución que proclama como uno de los principios básicos de la actividad administrativa el de «eficacia», vulnerando el artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo que dispone que la actuación administrativa se desarrollará con arreglo a normas de «economía, celeridad y eficacia», burlando el espíritu que informa el artículo 3 de la Ley del Suelo».

La desviación de poder es un medio de control de la discrecionalidad, lo mismo que el error en los presupuestos fácticos y hasta el error en la apreciación de la realidad.

Digno igualmente de destacarse es el hecho de que la Sala recurra en esta ocasión al principio de eficacia proclamado en el artículo 103.1 de la Constitución para justificar el control sobre la Administración (las exigencias derivadas de la eficacia explican —en opinión del Tribunal— el fortalecimiento de la fiscalización judicial de la actividad administrativa), cuando lo más habitual es invocar dicho principio precisamente para eludir los controles existentes y para legitimar a toda costa la acción administrativa.

d) *La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: valoración de la conducta procesal y de los argumentos sustantivos aportados por los recurrentes.*

Han quedado destacadas las dos ideas centrales sobre las que va a descansar el juicio del tribunal: 1. Reconocimiento de una amplia discrecionalidad administrativa en materia de planificación urbanística; 2. Discrecionalidad que, no obstante, puede y debe ser objeto de control judicial.

A partir de aquí, es posible enjuiciar el caso concreto. *Y el Tribunal empieza valorando las pruebas aportadas y la conducta procesal de las partes*, lo que va a resultar de extraordinaria importancia:

«Se advierte que, frente al dictamen suscrito por Arquitecto acompañando al escrito de demanda, y frente a la razonada, detallada y convincente prueba pericial practicada en la litis, la Administración demandada, no sólo no ha intervenido en dicha pericia procesal para esclarecer el tema, colaborando con el Tribunal, de algún modo, para que llegara a tener un conocimiento real de todas las circunstancias concurrentes, sino que, habiendo acordado para mejor proveer que se informara con la amplitud que es de ver en el correspondiente provédo de 24 de enero pasado, en el informe remitido nada se explica, prácticamente, acerca de los extremos sometidos a consideración de la Administración Urbanística, ni, realmente, se entra en la problemática que se ponía en conocimiento de dicha Administración ni se hace comentario alguno sobre el resultado de la prueba pericial practicada en el proceso, que se sometía a su consideración porque, como es de ver en tal informe, el mismo se limita a hacer algunas precisiones acerca del tema, con un mínimo contenido, de carácter esquemático, indicando que en un desarrollo posterior del planteamiento se definirá concretamente la vialidad».

El Dictamen técnico que acompaña la demanda, la prueba pericial practicada y el Informe evacuado como diligencia para mejor proveer no dejan en buen lugar, precisamente, a la Administración.

Pero es que, además, las *razones de fondo* tampoco van a jugar a su favor:

«Por todo lo expuesto cobra aún mayor virtualidad el resultado de la prueba pericial practicada en el proceso, del que se desprende, no sólo la afectación que el proyectado vial determina sobre la finca de los recurrentes (lo que sin más carecía de mayor relevancia a los efectos anulatorios pretendidos), sino que la construcción del segundo tramo

del vial comportaría unos costes elevadísimos, dadas las características topográficas del terreno, lo que, desde un punto de vista económico, lo hace inviable: que el primer tramo del vial atraviesa la finca de los actores, cuando a escasos metros existe otro en funcionamiento que cumple idéntico objetivo que el proyectado, lo que hace expresar al señor Perito su extrañeza, por no utilizar dicho vial ya existente, cuando con menor coste se cumpliría la misma finalidad, adaptando el planeamiento, en lo posible, a la situación fáctica preexistente sobre el territorio; por todo lo cual, y como puede observarse en dicho dictamen emitido por la litis, concluye calificando de falta de racionalidad urbanística la proyectada vía».

El primer argumento en que se fundamentaba la demanda, la afectación que el vial determina sobre la finca de los recurrentes, aunque se tiene en cuenta, quizá no fuese por sí solo suficiente («lo que sin más carecería de mayor relevancia a los efectos anulatorios pretendidos», dice textualmente la Sentencia), pero lo cierto es que, combinado con los otros dos (argumentos de carácter técnico y económico, respectivamente), los resultados no arrojan la más leve sombra de duda, por lo que el recurso contencioso-administrativo fue estimado, revocando el Acuerdo impugnado en el aspecto concreto relativo a la construcción de un vial de circunvalación a través de la finca de los recurrentes.

C) *El desarrollo del recurso de apelación y la Sentencia del Tribunal Supremo*

Vencida en la primera instancia del recurso, la Generalidad de Cataluña es la que promueve ahora recurso de apelación. Insistirá en la inadmisibilidad del recurso, porque como *dies a quo* debe ser considerada la fecha de publicación del Plan (la notificación produce un simple efecto informativo *ad abundantiam*), y en su subsidiaria desestimación, en virtud de la plena y discrecional potestad que la Administración tiene para formular el planeamiento que estime oportuno, potestad solamente limitada por la desviación de poder o la infracción de las normas básicas (alegado este último que tiene por objeto reducir el ámbito sobre el que se efectúa el control de la discrecionalidad, eliminando concretamente el control de los hechos determinantes y, más en particular aún, el error en la apreciación de tales hechos).

El Tribunal Supremo, sin embargo, en su Sentencia de 4 de abril de 1990 (Pte.: Esteban Alamo; Ar. 3587) va a ratificar los planteamientos del Tribunal *a quo*. No se limita a ofrecer su respaldo tácito, sino que añade nuevos argumentos para fortalecer la doctrina formulada en primera instancia.

Y así, en cuanto a la admisibilidad, el Tribunal Supremo acierta a dar, a nuestro modo de ver, con el argumento justo. Los recurrentes compare-

cieron en el expediente administrativo en fase de información pública, y a partir de dicho momento quedaron constituidos en «interesados», por lo que la Administración tenía el *deber de notificar personalmente* los actos producidos a resultas del expediente. Por consiguiente, el Ayuntamiento de Lloret no obró por error, como insinúa la Sentencia apelada, sino que se limitó estrictamente a cumplir con lo que era su deber:

«La publicación del Plan en el Diario Oficial de la Generalidad produce los efectos de carácter general a que se refiere el artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pero no sustituye aquella obligación de notificar respecto a los interesados. Así lo entendió acertadamente el Ayuntamiento de Lloret de Mar al notificar personalmente al interesado señor S. M. con mención del recurso que podría interponer».

Por si acaso, y como argumento *a fortiori*, el Tribunal Supremo hace una invocación genérica del principio *pro actione* y del carácter abiertamente antiformalista con que deben ser interpretados los requisitos de admisibilidad en el acceso a los Tribunales, en aplicación del artículo 24 de la Constitución:

«El artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable, o no se subsanare por el procedimiento establecido por las leyes. Aquí no ha habido más defecto que el de la falta de notificación antes referido, que ha sido subsanado por el Ayuntamiento de Lloret. Procede por ello la desestimación de la alegada inadmisibilidad».

Ya sobre el *fondo*, el Tribunal Supremo reitera las ideas cardinales que ya conocemos (reconocimiento del poder discrecional de la Administración y control judicial, no obstante, de dicho poder):

«Para que este control se extienda también a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas se han alumbrado un conjunto de técnicas junto a la desviación de poder, tales como su fiscalización a través de los elementos reglados que las integren y los hechos determinantes».

Quizá pueda percibirse un tono ligeramente menos enérgico en las líneas trascritas (no se alude expresamente al error en la apreciación de los hechos como medio de control de la discrecionalidad). Si esto es así, sin embargo, dicho tono enseguida se desvanece:

«En el ámbito concreto del urbanismo la actividad en que se concreta la potestad de la Administración para alterar, revisar o formular "ex novo" un planeamiento urbanístico debe estar suficientemente justificada y apoyada en datos objetivos, exentos de error, para impedir que la impropiedad en el ejercicio del *ius variandi* atente a los límites racionales y naturales de sus facultades discrecionales dirigidas a la satisfacción del interés público, tal y como casuísticamente se expresa en el artículo 3 de la Ley del Suelo».

Descendiendo ya al caso concreto, el Tribunal Supremo vuelve a apoyar sus reflexiones en la prueba pericial practicada («a cuyo dictamen ninguna aclaración u objeción se formuló por la Generalidad litigante»). Dicha prueba ha puesto de manifiesto que:

«el segundo tramo vial contemplado en el Plan, si técnicamente, no es inconstruible, pese a que las pendientes del terreno que tiene que salvar son superiores al 25%, económicamente es inviable por sus elevadísimos costes de ejecución; el primer tramo de vial se ha proyectado atravesando de lleno propiedades de la parte recurrente, de modo innecesario, puesto que a pocos metros lleva en funcionamiento desde años y un vial que cumple con idéntico objetivo, fundamentalmente el de permitir el acceso rodado, y que figura en la base topográfica de los documentos de ordenación del Plan General cuya adaptación significaría un aprovechamiento fáctico y económico de la situación existente. Finalmente también ha puesto de manifiesto que la red viaria del Plan lesiona de modo importante la finca de los recurrentes, inutilizando zonas de acampada; reduciendo el número de plazas; afectando incluso a un pozo de captación de agua potable, etc.».

De nuevo se combinan, pues, las razones invocadas por los recurrentes en primera instancia. El argumento de carácter técnico es en esta ocasión el que no se considera por sí solo suficiente (y ello, «pese a que las pendientes del terreno que —el vial— tiene que salvar son superiores al 25%»); pero el argumento de la economicidad (el vial es «inviable por sus elevadísimos costes de ejecución») y de que existe próxima una alternativa infinitamente menos gravosa («un vial que cumple con idéntico objetivo, fundamentalmente, el de permitir el acceso rodado, y que figura en la base topográfica de los documentos de ordenación del Plan General, cuya adaptación significaría un aprovechamiento fáctico y económico de la situación existente») jugará ahora un papel decisivo; aunque sin olvidar tampoco el hecho de que la red viaria lesiona de modo importante la finca de los recurrentes («inutilizando zonas de acampada; reduciendo el número de plazas; afectando incluso a un pozo de captación de agua potable, etc.»).

Como colofón, el Tribunal Supremo vuelve a resaltar la importancia en la práctica de la prueba en el marco del proceso contencioso-administrativo:

«Nada tiene de particular que, ante toda ausencia de prueba en contra que hubiese practicado la Administración, el Tribunal de instancia haya hecho suyo, valorándolo con arreglo a las reglas de la sana crítica, según el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el dictamen pericial, ciertamente detallado y explicativo, incluso con una completa secuencia fotográfica. Ya no es por tanto, tan sólo una opinión personal del perito, sino una constatación judicial de que la planificación urbanística en el ámbito objeto de este proceso ha sido errónea y carente de racionalidad, lo que comporta, con la desestimación de la apelación, la confirmación de la sentencia recurrida por ser ajustada a derecho».

El resultado es, en definitiva, una Sentencia ejemplar; una resolución que escapa de declaraciones altisonantes y que se apoya en todo momento en la «fuerza de la razón» y en las diligencias practicadas a lo largo del proceso judicial. Firme, desde luego; pero —y esto es algo que difícilmente puede discutirse— suficientemente motivada, razonada y muy ponderada y ceñida en todos sus aspectos.

Así las cosas, no era de extrañar que haya sido la auténtica protagonista de estas líneas (la hemos transcrito en su práctica totalidad) y que nuestra intervención haya quedado reducida a labores de pura glosa.

IV. REFLEXIONES FINALES: EL ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LOS HECHOS COMO NERVIOS DOCTRINALES DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES COMENTADAS; LA CONCEPCIÓN SUSTANTIVA DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO LATENTE EN LAS SENTENCIAS; LOS PREJUICIOS DOGMÁTICOS EXISTENTES Y LAS SUPUESTAS «RAZONES DE PRINCIPIO» EN MATERIA DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Después de la lectura de las Sentencias, cabe formularse algunas cuestiones.

A) *El error en la apreciación de los hechos como nervio doctrinal de las resoluciones judiciales objeto de este estudio*

Cabe preguntarse, en primer lugar, por el nervio doctrinal de las Sentencias, su asiento dogmático, la razón que explica y justifica el tipo de control llevado a cabo por los Tribunales en este caso concreto.

Podría invocarse a este respecto el *control de proporcionalidad*. O ya,

dentro del amplio abanico de posibilidades que éste ofrece, el «test de la alternativa menos gravosa» o el «análisis costes-beneficios».

La apelación a estas técnicas no nos parece, sin embargo, suficiente. Algo de ello hay, como es evidente: es cierto que el menor coste económico que supone la adopción de otras alternativas es objeto de especial ponderación en el juicio llevado a cabo por los Tribunales.

No lo es menos, sin embargo, que éste no es el único criterio con el que aquéllos operan y que todavía hay algo más: por ejemplo, un argumento estrictamente técnico, la manifiesta inviabilidad física de los terrenos escogidos para realizar la obra pretendida; y también, la lesión de ciertos bienes jurídicos que la construcción del vial por sí sola —sin recurrir ni comparar con otras alternativas— produce. Nada de ello es suficiente, pero su conjunto justifica unas resoluciones como las que aquí hemos visto.

Si no la proporcionalidad, el *control de los hechos determinantes* nos sitúa ya en la perspectiva adecuada. El conjunto de circunstancias fácticas realmente existentes es el dato clave que explica el sentido de las decisiones judiciales examinadas.

Sobre el control de los hechos determinantes, sin embargo, plantea siempre una duda: si dicho control cubre solamente los hechos estrictamente considerados o si se extiende también al error en la valoración de los mismos. Por eso quizá sería preferible, siguiendo el ejemplo del Consejo de Estado francés, independizar el último de los motivos mencionados y darle sustantividad propia. El *error en la apreciación de los hechos* (y el término «apreciación» sería el que habría que subrayar), la defectuosa interpretación de la realidad sería, en definitiva, la doctrina acogida por las Sentencias comentadas.

Sin perjuicio de su aceptación general, es éste, sin embargo, un vicio de legalidad que ha de manejarse con cautela y que no puede utilizarse por los Tribunales sin motivar y razonar suficientemente la decisión, ponderando con rigor las diversas circunstancias concurrentes.

B) *La concepción sustantiva del proceso contencioso-administrativo latente en las Sentencias comentadas*

Más allá de lo anterior, sin embargo, es posible profundizar algo más y encontrar así la verdadera razón de ser de las Sentencias aquí comentadas.

Llegamos al auténtico *quid* de la cuestión, y es la concepción sustantiva del proceso contencioso-administrativo latente en las Sentencias que nos ocupan.

Repasando ahora los párrafos que han ido transcribiéndose a lo largo de estas líneas, puede percibirse que lo que sin duda ha pesado de forma decisiva en el ánimo de los Tribunales que han llevado este caso, ha sido tanto *la conducta observada por la Administración durante la sustanciación del proceso*, como, seguramente más aún, *el conjunto de actuaciones judiciales practicadas en el mismo*.

La *diligencia de la Administración* no puede decirse que haya sido ejemplar. Esta se limita una y otra vez a repetir puntual y mecánicamente sus argumentos, la prueba pericial practicada en el curso de la primera instancia no es objeto de réplica alguna, y cuando más tarde se le solicita un Informe, éste es remitido sin especial interés («el mismo se limita a hacer algunas precisiones acerca del tema, con un mínimo contenido, de carácter esquemático, indicando que en un desarrollo posterior del planeamiento se definirá concretamente la vialidad»).

Interesa todavía más resaltar las *actuaciones judiciales realizadas*: los Tribunales no se han contentado con oír a las partes, ponderar sus argumentos y dictar sentencia, sino que, en orden al esclarecimiento de los hechos, y en el marco de sus funciones constitucionales como *Administración de Justicia*, acuerdan la práctica de pruebas periciales y de diligencias para mejor proveer. Han querido así potenciar todo lo que se ha llevado a cabo ante los mismos; con lo que el proceso entero experimenta una clara revalorización.

Revalorización general del proceso contencioso-administrativo que, necesariamente, tiene como contrapunto —y nótese bien, porque ello no siempre se señala— una «desacralización» del expediente administrativo instruido con anterioridad. La *jurisdicción contencioso-administrativa* deja así de ser una jurisdicción meramente «revisora», que se limita a enjuiciar de forma externa y superficial la actuación administrativa, que prácticamente —podemos decir— «han resuelto el caso en primera instancia». Y pasa a convertirse, por el contrario, en una jurisdicción plena, la sede donde se desarrolla un debate jurídico íntegro en torno a las pretensiones de las partes, un debate en el que cada una de éstas ha de dar todo de sí para salir triunfante, llevando al Tribunal la convicción de que la tesis defendida por ella es la más ajustada a Derecho.

Esta concepción del proceso contencioso-administrativo —que no es nueva (es la que en Italia ha defendido NIGRO en múltiples escritos, vid., en particular, la recopilación efectuada en la *Riforma del processo amministrativo*, Varese, 1980, y la que entre nosotros tiene su principal valedor en GARCÍA DE ENTERRÍA, especialmente, en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989)— es, en definitiva, la que está detrás de Sentencias como la que aquí comentamos.

En la defensa en juicio no caben actitudes pasivas e inhibitorias. La negligencia se castiga, y la Administración ha actuado negligentemente en nuestro caso concreto. Cada una de las diligencias procesales ha de ser aprovechada por las partes hasta el límite de sus posibilidades. Así lo han hecho los recurrentes a lo largo de la sustanciación del proceso, mientras que la actitud de la Administración se caracterizó por todo lo contrario. Se comprende así el sentido de las resoluciones comentadas.

C) *Los prejuicios dogmáticos existentes y las supuestas «razones de principio»*

Como punto final, recordar un último apunte, ya anticipado: cuando, como es el caso, las Sentencias carecen de declaraciones altisonantes, se apoyan en las actuaciones practicadas en juicio y en razones de fondo igualmente sólidas, y en general, están suficientemente motivadas, a nadie sorprenden las consecuencias y todos aceptan el resultado con naturalidad.

Demuestra ello que sobre el tema de la discrecionalidad lo que fundamentalmente hay son prejuicios dogmáticos. Prejuicios dogmáticos nada desdeñables, desde luego —firmemente arraigados entre nosotros, resultado de una tradición doctrinal secular y con los que operan de forma inconsciente, incluso, quienes no ignoran su condición de «dogma»—, pero prejuicios, al fin y al cabo, que se hace necesario combatir (Un notable esfuerzo de «revisión» de la teoría de la discrecionalidad es el que lleva a cabo T. R. FERNÁNDEZ, en su reciente estudio *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991, especialmente, págs. 93 a 104; publicado también en el Vol. III de la obra colectiva *Estudios en homenaje al Prof. García de Enterría*, págs. 2255 y sigs.).

Porque lo cierto y verdad es —y conste que no es aconsejable llevar el asunto a estos extremos, pero el dato no puede silenciarse—, que si alguna «razón de principio» cabe esgrimir en el tema que nos ocupa en el contexto actual, ésta sólo puede ser una, y es el control judicial pleno y sin excepciones de la actividad administrativa, consecuencia impuesta por el tenor literal de tres preceptos constitucionales (arts. 24, 103, y 106 de la Constitución). Basta el simple dato numérico para resaltar la extraordinaria importancia que para la Norma Fundamental tiene esta cuestión.

José SUAY RINCÓN