

MUERTE Y TRANSFIGURACIÓN DE LA DESVIACIÓN DE PODER: SOBRE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE PLANES URBANÍSTICOS

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. EL DEVENIR DE LA DESVIACIÓN DE PODER: 1. *Pequeña historia de un fracaso*. 2. *Las causas de la frustración*. 3. *Las posibles respuestas*. 4. *El renacer de la desviación de poder*.—II. SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL EN MATERIA DE PLANEAMIENTO: 1. *Las consecuencias fácticas*. 2. *Las causas del fenómeno*. 3. *La desproporción de efectos jurídicos*.

RESUMEN

La jurisdicción contencioso-administrativa mantiene en los últimos tiempos una actitud de acusada severidad en la anulación por motivos formales y por desviación de poder de los planes urbanísticos. El trabajo analiza los problemas inherentes al concepto de desviación de poder y a los efectos fácticos y jurídicos de estas anulaciones.

Palabras clave: desviación de poder; discrecionalidad; planes urbanísticos; vicios de procedimiento

ABSTRACT

In recent times, contentious administrative courts have taken a very rigid stance when it comes to the annulment of urban planning projects due to procedural defects or abuse of power. This paper examines the problems inherent in the very concept of abuse of power and analyses the factual and legal effects associated with these annulments.

Key words: abuse of power; administrative discretion; urban plans; procedural defects.

El presente comentario trae causa de las reflexiones surgidas de la lectura de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2014, dictada en el recurso de casación núm. 5639/2011; Sentencia que, reiterando el criterio sentado en otras anteriores, anuló la

modificación puntual de un plan especial de reforma interior de la ciudad de Zaragoza. La anulación se acordó en este fallo por incurrir el plan impugnado en desviación de poder, al entender la Sala que la modificación del planeamiento había sido hecha con la finalidad de subsanar la previa anulación, por sentencia firme, de una licencia de obra; impidiendo o dificultando la ejecución material de la sentencia previa y dando lugar, por tanto, a la aplicación del artículo 103.4 de la Ley de lo Contencioso, que, como es sabido, declara la nulidad de pleno derecho «de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento».

No es la primera vez, desde luego, que el Tribunal Supremo hace uso del vicio de la desviación de poder para anular instrumentos de planeamiento urbanístico, bien se trate de aprobaciones *ex novo* o realizadas en ejecución de sentencias firmes¹. Desde esa perspectiva, la Sentencia de 24 de abril de 2014 no tiene nada de innovador; su doctrina, harto sencilla, casi no merecería un comentario monográfico. Su interés no se encuentra tanto en lo que dice cuanto en lo que sugiere implícitamente, tanto a propósito de una de las nociones más célebres (ahora se diría emblemáticas) de la teoría general de la actuación administrativa (I) cuanto de la práctica judicial relativa a la anulación de planes urbanísticos (II).

I. EL DEVENIR DE LA DESVIACIÓN DE PODER

1. *Pequeña historia de un fracaso*

La historia de la desviación de poder es también, en efecto, la de la muerte y transfiguración de un instituto; una historia paralela a la ficción poética que inspiró la obra maestra del mismo nombre de Richard Strauss, en la que se rememoraban los últimos momentos de la vida de un artista; en ella, el agonizante, tras recordar fugazmente toda una historia de ilusiones frustradas, las ve milagrosamente realizadas en el momento de expirar².

¹ Solo por referirnos a los últimos años, valga la cita de las Sentencias, de la misma Sala, de 18 de marzo de 2011 (recurso de casación 1643/2007); de 14 de junio de 2011 (recurso de casación 3828/2007); de 26 de octubre de 2011 (recurso de casación 3704/2008); de 23 de febrero de 2012 (recurso de casación 2921/2008); de 11 de mayo de 2012 (recurso de casación 4365/2008); de 28 de septiembre de 2012 (recurso de casación 2092/2011); de 9 de julio de 2013 (recurso de casación 1050/2010); y de 26 de marzo de 2014 (recurso de casación 3790/2011).

² Según confesión del autor (en M. KENNEDY, *Richard Strauss: Man, Music, Enigma*, Cambridge University Press, 2006, pág. 361), *Tod und Verklärung* fue compuesta en 1888 tras

La comparación puede parecer un tanto dramática, pero es exacta. Surgida en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en pleno siglo XIX, la desviación de poder no tuvo acogida formal entre nosotros hasta el artículo 83.2 de la Ley de lo Contencioso de 1956, que se reiteró dos años después en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Quizá por lo tardío de su incorporación al Derecho español, la innovación fue recibida con entusiasmo por la doctrina, pero con hartazgo y recelo por la jurisprudencia, que, pese a las explícitas declaraciones de la Ley de 1956, la consideró peyorativamente como una suerte de reproche de moralidad a los miembros de una Administración casi intocable³.

Qué le sucedió a la desviación de poder es algo que puede expresarse, mejor que con una descripción abstracta, con una anécdota personal, por cuyo relato pido disculpas al lector. El autor de estas líneas —cómo no— participó de la inicial satisfacción doctrinal por esta novedad legislativa, leyendo con admiración los comentarios que LONG, WEIL y BRAIBANT hacían al *arrêt Pariset*⁴ y en los que se daba cuenta del crucial progreso que la justicia administrativa francesa había sido capaz de hacer en la senda del control de las potestades discrecionales. Pero tal sentimiento recibió un duro golpe el día en que mi maestro, el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, sonrió al leer el escrito de demanda que le presentaba para su revisión, uno de cuyos motivos era, precisamente, la desviación de poder del acto impugnado (que, en aquel caso, era de libro). Me dijo, con la sencillez y franqueza que le caracterizaban, que eliminase tal motivo; y, ante mi protesta, añadió que su alegación era inútil, porque jamás se estimaba, y que su mención solo aportaba una imagen de ingenuidad del abogado firmante del escrito.

la lectura de un poema escrito por su amigo, el casi olvidado compositor Alexander Ritter; que tanto influyó en su orientación hacia el posromanticismo musical. De la obra no sorprende tanto su belleza cuanto la lucidez con la que fue capaz de expresar las sensaciones que se experimentan en la proximidad de la muerte; algo asombroso en una persona que, en aquella fecha, solo contaba veinticuatro años.

³ La exposición de motivos de la Ley, en efecto, se preocupaba de explicar, con una finalidad tranquilizadora, que el texto legal definía la desviación de poder como «una modalidad de infracción jurídica [...] saliendo al paso de la tesis que la configura sólo como una infracción de la moralidad, pero no de la legalidad administrativa». La explicación, como acredita la jurisprudencia de los años sesenta, no tuvo éxito alguno.

La tesis «de la moralidad» no fue, por supuesto, un invento *ad hoc* de la jurisprudencia española de los años sesenta y setenta: tiene su origen nada menos que en M. HAURIUO (vid. su *Précis de droit administratif et de droit public*, 6.^a ed., Paris, Sirey, 1907, pág. 452), y fue difundida por la monografía de M. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Nancy, 1929; vid. R. VIDAL, «L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative», *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1952, pág. 275.

⁴ CE de 26 de noviembre de 1875, *Pariset*, Rec. 934; hoy en M. LONG / P. WEIL / G. BRAIBANT / P. DELVOLVÉ / B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14.^a ed., Paris, Dalloz, 2003, págs. 27 y ss.

No he vuelto a invocar este vicio en toda mi vida profesional (salvo de modo fugaz e incidental, como apoyo dialéctico de otras irregularidades más notorias); no ya por atender el consejo de mi maestro, sino al comprobar la exactitud de su pronóstico, válido durante decenios. La lectura de sentencia tras sentencia confirmaba monótonamente la impresión de que la desviación de poder no pasaba de ser, en aquellos momentos, un elegante adorno de nuestra legislación administrativa, pero de operatividad prácticamente nula. Nunca me he detenido a hacer un cálculo comparativo de las sentencias del Tribunal Supremo que acogieron este vicio, estimando el recurso, y de las que lo rechazaron; pero estoy convencido de que las primeras no representan más que un ínfimo porcentaje del total de las segundas. De ahí mi sorpresa al ver renacer al instituto de sus cenizas, en los últimos años, por más que ello haya ocurrido en un ámbito material hartamente circunscrito.

2. *Las causas de la frustración*

A) ¿Qué causas han llevado a esta frustración? Durante mucho tiempo fue generalmente compartido que la inaplicación de la desviación de poder debía imputarse a la actitud de máximo respeto hacia la Administración litigante que aquejaba, entonces, a algunos órganos de la jurisdicción contenciosa. Pero esta explicación, que podría tener algún fundamento en la experiencia procesal de los tiempos del régimen político anterior, se caía por sí sola al comprobar que la renuencia a acoger las imputaciones de desviación de poder se ha mantenido durante toda la etapa constitucional, pese a la alusión inequívoca que hacía a la misma el artículo 106.1 de la Constitución, y pese también al hecho contrastable de que, en los últimos treinta años, los tribunales se mostraran bastante más activos en la utilización de otras técnicas de control de la discrecionalidad administrativa.

B) Por fuerza, debe haber otras razones. Y, a mi juicio, las hay, y son intrínsecas a la propia configuración dogmática de la desviación de poder, que no ha variado desde que León Aucoc la definiera en sus conocidas *Conférences*. Este instituto parte: i) de la definición, por la ley que crea y atribuye una potestad, de una finalidad concreta a la que dicha potestad debe servir; y ii) de la necesidad de que el órgano autor del acto administrativo que se dicta en ejercicio de dicha potestad ha de perseguir, al dictarlo, la misma finalidad. Si la concretamente perseguida al dictar el acto es simplemente distinta (sea pública o privada, lícita o ilícita, lo que es indiferente), éste queda viciado de desviación de poder.

Una sencilla reflexión sobre estos dos elementos, que nunca han sido puestos en cuestión, permite afirmar que *concluir de forma objetiva y contrastable sobre la efectiva existencia de una desviación de poder es, salvo casos extremos, literalmente imposible*.

Para empezar, no es sostenible la hipótesis de que la norma creadora de una potestad fija en todo caso la finalidad a la que la misma debe servir:

i) Son inusuales los supuestos en los que una norma pone de manifiesto la finalidad para la que crea una potestad. No lo hace prácticamente nunca en su articulado, y es notorio que las declaraciones que suelen hacerse en sus preámbulos o exposiciones de motivos no son en absoluto fiables: lo más frecuente es que apelen a vaguedades o lugares comunes extraídos de cualquier programa político; y no es insólito que deliberadamente se oculte la finalidad que realmente se persigue. Dicho de otra manera, la finalidad de una potestad es algo implícito en cualquier norma: algo que no se puede constatar, sino que, cuando menos, hay que deducir.

ii) Aun en el supuesto de que esta deducción pueda hacerse, es igualmente notorio que un mismo precepto puede perseguir una pluralidad de fines: la potestad expropiatoria, por ejemplo, sirve tanto al fin de que la Administración pueda obtener los bienes necesarios para la construcción de obras o la implantación de servicios público, pero también asegurar la indemnidad patrimonial del ciudadano frente a cualquier privación realizada por una Administración pública; pero la declaración de utilidad pública de un fin público nuevo y conflictivo puede también hacerse con la finalidad de provocar un cambio de conducta en los titulares de los bienes expropiables.

iii) El fin genérico que una norma puede atribuir a una potestad apenas si tiene utilidad, porque normalmente es obvio: no sirve como contraste efectivo para medir el ajuste con dicha finalidad de cada concreto acto de aplicación, como más adelante veremos en el caso concreto de las sentencias objeto de este comentario

iv) Pero, sobre todo, está el hecho de que la finalidad real de una norma concreta no es que sea ambigua o inescrutable; es que es inexistente. Como demostró ya hace mucho tiempo la teoría general de la interpretación jurídica, la tesis de la voluntad del legislador no soporta el menor análisis racional; y ello es así porque toda norma es el resultado de la intervención en su texto de una multitud de personas, cada una de las cuales puede haberla redactado o aprobado con fines absolutamente dispares, y aun contradictorios. Por mi experiencia parlamentaria, tengo la certidumbre de que los grupos que prestan su voto

favorable a un determinado precepto (suficientemente ambiguo) lo hacen en la convicción de que sus fines *reales* son totalmente distintos de los que inspiran el voto de otros; o que los fines que la norma puede perseguir y que inspiran a otros grupos son claramente secundarios de los defendidos y supuestos por ellos.

Hemos de partir, pues, de esta realidad: las normas no tienen finalidades ni albergan intenciones, porque unas y otras son fenómenos psicológicos exclusivamente humanos. La llamada finalidad de una norma es el resultado de un mero ejercicio decisionista, una conclusión imaginativa basada en indicios y suposiciones, que plasma el juez en cada caso después de escuchar las contradictorias invenciones (igualmente arbitrarias y producto de la fantasía) de las partes. Y un ejercicio que se realiza *ad hoc* en función de las intenciones reales o supuestas del acto o reglamento que se enjuicia en un proceso: primero se construyen éstas y después se elabora, a efectos de contraste, la supuesta finalidad de la norma atributiva de la potestad.

C) Y algo prácticamente idéntico puede decirse de la finalidad perseguida con el acto de aplicación de la norma de que se trate, que es también, invariablemente, el producto de una construcción mental *ad hoc*. Un acto administrativo puede perseguir fines muy diversos; y es prácticamente seguro que los persiguen aquellos en cuya elaboración participan varias personas, cada una de las cuales realiza su actividad con objeto de que el acto consiga unos objetivos distintos. Pero, sobre todo, es evidente que la percepción segura de cuál sea dicha finalidad (o finalidades) es imposible, porque a menos que el acto administrativo las explicita formalmente en su texto, lo que es inusual, son fruto de un proceso mental que no trasciende a su autor y que es, por tanto, imperceptible.

3. *Las posibles respuestas*

No se me oculta que estas consideraciones tienen respuesta. Es notorio que en todos los ordenamientos existen numerosas normas e instituciones que apelan, para su aplicación, a la constatación de procesos mentales inaprehensibles para cualquier persona (por todas, la apreciación de dolo o culpa en el incumplimiento de un contrato, o en una conducta sancionable), y que, no obstante, se aplican con normalidad en base a pruebas indiciarias. Lo que pretendo advertir, meramente, es que la apreciación de la desviación de poder no es una forma de actuar judicial segura y objetivable, sino absolutamente discrecional y

—en el más estricto sentido de la expresión— arbitraria; y que, por tanto, no es equiparable a otras técnicas clásicas de control de la discrecionalidad de la Administración. Sigo a estos efectos la enumeración de estas técnicas que entre nosotros ha devenido canónica⁵.

a) Veamos. Es innegable que el control de los llamados hechos determinantes y de los vicios de forma de un acto discrecional es una operación que siempre requiere utilizar un cierto margen de apreciación. Pero la constatación de unos u otros es algo mayoritariamente objetivable, porque versa sobre hechos reales y tangibles: el lugar donde el vehículo estacionó estaba prohibido o no; el informe preceptivo fue o no emitido.

b) Esa posibilidad de objetivación se debilita un tanto en el control del empleo de conceptos jurídicos indeterminados, en el que se produce una auténtica sustitución de la imagen o noción que la Administración tiene del contenido y significado material del concepto por la que el juez aplica al caso de autos. Es innegable que dicha imagen es subjetiva, formada de modo inconsciente en la mente del juzgador por la acumulación sedimentaria de impresiones, sensaciones y experiencias de todo tipo (igual que le sucede a todo ser humano con todo tipo de conceptos de contornos imprecisos); pero no falta aquí un punto de objetividad, ya que la formación de dicha imagen no es el producto exclusivo de los procesos mentales del juez, sino de la *communis opinio* de la comunidad jurídica, del entorno social en que se mueve o, al menos, de las personas que le rodean.

c) La objetividad, sin embargo, desaparece por completo tanto en la técnica de la desviación de poder como en la del control a través de los principios generales del Derecho (que son igualmente lábiles, moldeables y adaptables al libre arbitrio de quien los invoca o aplica).

Y ésta es, a mi entender, la explicación de la escasa utilización que han tenido, en la práctica, las dos técnicas de control de la discrecionalidad que acabo de mencionar; porque el empleo de cualquiera de ellas supone otorgar al juez un poder de sustitución de una apreciación discrecional de la Administración por su propia y libre estimación. Naturalmente, podrá objetarse que tal es la decisión del legislador (y del constituyente, en el caso de la desviación de poder); pero no obsta para

⁵ Me refiero, claro está, a la expuesta por E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su clásico trabajo «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», en el núm. 38 de esta REVISTA (mayo-agosto 1962), págs. 159-205; y hoy en E. GARCÍA DE ENTERRÍA / T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 15.^a ed., Madrid, Cívitas, 2011, págs. 488 y ss.

reconocer dos cosas: primera, que nadie debe engañarse suponiendo que la apreciación de la desviación de poder es el resultado de un proceso mental mecánico; es la consecuencia de una libérrima construcción creativa. Y segunda, que el instrumento que la ley pone en manos de los órganos judiciales es extremadamente delicado, y que su aplicación debiera hacerse con una prudencia superior a la normal, solo en los casos de manifiesto apartamiento de cualquiera de las finalidades que la ley haya asignado a la potestad. Un juez que, por sensatez, pretenda resolver los litigios en base a datos objetivos y generalmente aceptables, ha de sentir una profunda incomodidad ante la perspectiva de, por así decirlo, tener que inventarse una supuesta finalidad de la ley, y de imaginar, además, unas intenciones desviadas en la autoridad que dictó el acto o reglamento impugnado.

Y esta actitud no tiene nada que ver con el supuesto temor reverencial hacia la Administración ni con la asunción personal (por los jueces) de los intereses públicos como propios (que no niego que existan en algún caso, pero que no son hoy generales), sino sencillamente con el sentido de responsabilidad. En un sistema de justicia administrativa plenamente judicializado, como es el nuestro, el juez se encuentra aislado e incomunicado de la Administración autora del acto o reglamento que ha de enjuiciar; en la mayor parte de los casos, desconoce por completo la dinámica interna de la Administración, las tensiones a las que se encuentra sometida y las preocupaciones sociales, económicas y políticas a las que sirve, porque nunca ha estado integrado en ella; y lo mismo sucede, en muchos casos, con los letrados que la defienden, a quienes la llamada Administración activa suele informar de manera más que sucinta del trasfondo de cada conflicto (o no lo hace en absoluto). Es una muestra de prudencia vacilar antes de tomar una decisión —absolutamente creativa— sobre un conflicto del que no conoce más que los aspectos superficiales e inexpresivos que le proporciona el expediente administrativo; y es comprensible la actitud de, en la duda, refugiarse en un rechazo de la alegación de este vicio invocando la insuficiencia de la prueba o de los indicios aportados —que es lo que en la inmensa mayoría de los casos sucede—, antes que adoptar una decisión que puede provocar un estropicio mayúsculo en los intereses públicos, por muy correcta y legal que sea.

Nada de esto sucede en los sistemas que tienen confiado el control de la Administración a órganos igualmente administrativos; los cuales, por la propia naturaleza de las cosas, poseen una inclinación y una facilidad mucho mayores a sustituir la decisión discrecional de aquella Administración por la propia. El principio de separación de poderes tiene sus ventajas, pero también sus costes, que han de aceptarse. Si se ad-

mite (o se impone, como hace nuestro ordenamiento) la sustitución de la potestad discrecional de la Administración por la decisión igualmente discrecional de los órganos del poder judicial, parece evidente que dicha sustitución ha de practicarse con prudencia suma, a menos de abocar a un *gouvernement des juges* que, como demostró Edouard LAMBERT en el pasado siglo, se mueve invariablemente en un sentido contrario a la historia.

4. *El renacer de la desviación de poder*

Todas las anteriores reflexiones y advertencias podrían ser tachadas de ociosas, ya que la lectura de los repertorios jurisprudenciales pone de manifiesto que los órganos de la jurisdicción contenciosa vienen aplicando puntualmente el criterio prudencial al que antes aludimos. La crisis de la desviación de poder es la consecuencia lógica del recelo que, sin duda, han experimentado los jueces y tribunales a utilizar para el fallo un conjunto de deducciones puramente subjetivas y criticables; y también, sin duda, del hastío provocado por el abuso que numerosos recurrentes han hecho de esta alegación, montada sobre hipótesis conspirativas carentes del menor soporte probatorio (el abuso estadístico de los medios de impugnación suele conducir a su esterilización, como ya sucedió años atrás con el empleo sistemático del proceso de protección de derechos fundamentales, bajo la vigencia de la Ley 62/1978, con objeto de obtener una suspensión cuasi automática).

Por todo ello, causa sorpresa advertir este inesperado renacimiento de la desviación de poder en el ámbito urbanístico, y muy específicamente en el incidente por ejecución desobediente regulado en el artículo 103.4 de la Ley de lo Contencioso. Y esta sorpresa es doble.

A) De una parte, en cuanto a la calificación normativa que recibe este vicio. Siendo evidente que el artículo antes citado alude a una desviación de poder («... que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento»), no se entiende bien qué fundamento tiene el que la desviación de poder puramente administrativa (esto es, el apartamiento de la finalidad que *la ley* impone a la Administración) sea considerada por el artículo 63.1 de la Ley de Procedimiento Común como un vicio de mera *anulabilidad*, mientras que la desobediencia a *los fallos judiciales* dé lugar a la *nulidad de pleno derecho* de los actos o disposiciones respectivos; sobre todo si se tiene en cuenta, en términos comparativos de gravedad, que el delito de desobediencia simple tiene anudada, en el Código, una pena bastante superior al de desobediencia a las reso-

luciones judiciales (prisión de seis meses a un año, en el primer caso, y solo multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años, en el segundo: artículos 410.1 y 556).

Esta disparidad no tiene explicación alguna: es producto de la libre decisión del legislador de 1998, y como tal ha de acatarse; una decisión que quizá se deba a la irritación que históricamente ha causado a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa la reiterada resistencia de las Administraciones a ejecutar pura y simplemente las decisiones de la primera, así como el abuso de las modalidades indirectas de incumplimiento de sentencias⁶. Pero este interrogante carece de interés a efectos jurídicos; no así, en cambio, sus consecuencias, que son graves, y a las que aludiremos más adelante.

B) La segunda sorpresa surge al apreciar la naturalidad y forma expeditiva con que las sentencias acogen esta modalidad de desviación de poder, que contrasta con las extremas cautelas verbales que se observan en las que la rechazan en materias ajenas al urbanismo y a la aplicación del artículo 103.4 de la Ley⁷.

⁶ Sobre las cuales sigue siendo de consulta indispensable el trabajo insuperado de T. R. FERNÁNDEZ, «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa», en el núm. 73 de esta REVISTA (enero-abril 1974), págs. 151-177.

⁷ Es significativa la evolución paralela que, en este punto, se observa con la del contencioso francés, en el que, desde hace tiempo, se habla insistentemente del *déclin du détournement de pouvoir*: vid., p. ej., solo en la bibliografía del actual siglo, Ch. DEBBASCH / J. C. RICCI, *Contentieux administratif*, 7.^a ed., Paris, Dalloz, 2001, págs. 804-805; M. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 4.^a ed., Paris, Litec, 2002, pág. 256. Muestra quizá de tal crisis es el hecho de que algunas de las monografías dedicadas al contencioso ni siquiera la mencionen (más que incidentalmente): es el caso de los libros de O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3.^a ed., Paris, Litec, 2002; de B. PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, Paris, PUF, 2006; y, sobre todo, de R. CHAPUS, *Droit de contentieux administratif*, 9.^a ed., Paris, Montchrestien, 2001. La cita de este último autor es particularmente importante si se tiene en cuenta que su obra es, según me consta personalmente, la única que utilizan los *avocats devant le Conseil d'État*, así como los *maîtres de requêtes* y los *commissaires du gouvernement*; por más que niegue tal crisis en su *Droit administratif général*, I, 6.^a ed., Paris, Montchrestien, 1992, pág. 771.

Es cierto que este declive no tiene, ni de lejos, las mismas proporciones cuantitativas que en España. J.-F. LACHAUME, *Droit administratif*, 13.^a ed., Paris, 2002, pág. 729, recuerda que «de hecho, desde 1954 se cuentan *menos de doscientas anulaciones* por desviación de poder y desviación de procedimiento»; una cifra incomparablemente mayor a la que podríamos contabilizar en España si dispusiéramos de estadísticas adecuadas, y que se explica por el auge de otros medios alternativos de impugnación (quienes mejor lo relatan son DEBBASCH y RICCI, *op. y loc. cit.*).

Mayores semejanzas se aprecian, curiosamente, en el hecho de que, igual que en España, el sector en el que la aplicación de este vicio ha crecido más es, justamente, el urbanismo, en el que se cuenta un estimable número de decisiones: véanse CE de 18 de febrero de 1981, *Commune de Châlons sur-Marne*, Rec. 539; CE de 13 de abril de 1983, *ministre de l'Urbanisme c./ Balestrucci*, Rec. 609; CE de 3 de abril de 1991, *Commune de Basse-Pointe*; CE de 19 de junio de 1991, *Johannet*, Rec. 244; CE de 8 de julio de 1991, *Amato*; CE de 13 de enero de 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration*, Rec. 23; CE de

Sin perjuicio de aceptar, de antemano, la justicia y acierto intrínsecos de todos estos fallos (me refiero a los mencionados en la nota 1 de este trabajo), los razonamientos que llevan a ellos parecen bastante poco consistentes. Su hipótesis de partida es que la finalidad normativa impuesta, de la potestad de planeamiento, es la satisfacción de los intereses generales⁸; y el término de contraste, para apreciar la desviación de poder, es la constatación de que el acto administrativo impugnado tiende a satisfacer intereses privados⁹. Y, a este respecto, quizá no esté de más recordar algunas obviedades:

i) Primera, que apelar al «interés general» como identificativo de la finalidad de una potestad es algo tan incontestable como insuficiente para realizar un contraste con la finalidad perseguida por un concreto acto administrativo, porque el interés general es un concepto abstracto y vacío de contenido material, que puede satisfacerse de múltiples formas y con distintas finalidades concretas¹⁰.

ii) En la planificación urbanística, el interés general es, por lo común, inapreciable e impalpable, y no es susceptible de contraste con el beneficio que el plan pueda otorgar a determinadas personas. Todo plan urbanístico produce beneficios a unos propietarios y perjuicios a

15 de marzo de 1996, *Syndicat des artisans fabricants de pizza non sédentaires*; CE de 30 de diciembre de 1996, *Benferhat*; CE de 23 de abril de 1997, *Commune des Gets*.

⁸ «La satisfacción de los intereses generales, que pueden demandar los cambios precisos para mejorar y perfeccionar la ordenación urbanística», dice la Sentencia de 18 de marzo de 2011 (FJ 7.º); las de 14 de junio de 2011 (FJ 6.º) y de 9 de julio de 2013 (FJ 6.º) dicen, con alguna mayor explicitud, que «las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal»; y la Sentencia de 24 de abril de 2014 (FJ 4.º) recuerda que «no explica la Sala de instancia [...] que el interés en aprobar la cuestionada Modificación Puntual sea el general del Municipio, sino que se erige como razón de ser de la misma el muy concreto y singular de no cerrar o clausurar la actividad ejercida bajo rasante que imponía la sentencia firme». Las restantes sentencias se manifiestan en términos muy semejantes.

⁹ Por ejemplo, en la Sentencia de 23 de febrero de 2012: «la afirmación presumida de que la inclusión de los terrenos de la finca [...] en un Sector de suelo urbanizable se acordó al margen de los intereses públicos y obedeció a la única finalidad de favorecer los intereses económicos de su propietario»; y la de 9 de julio de 2013 dice que «es obvio que incrementar los aprovechamientos lucrativos de las parcelas para que sus propietarios —tanto si son personas físicas como jurídicas, públicas o privadas— puedan saldar sus deudas no es una finalidad de interés general al que debe servir la potestad de planeamiento»; y la de 26 de marzo de 2014 razona que «incurrió en desviación de poder por haber utilizado tal potestad con la finalidad de eludir el cumplimiento de decisiones jurisdiccionales firmes para favorecer el interés particular del propietario de unas edificaciones cuyas licencias urbanísticas fueron anuladas por contravenir el ordenamiento vigente».

¹⁰ Sobre lo cual es de obligada cita el trabajo de A. NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Cívitas, 1991, págs. 2185 a 2251.

otros, y todos ellos (también los beneficios) pueden coadyuvar a lograr una planificación adecuada y servir, por tanto, al interés general. Afirmar que una decisión de planeamiento incurre en desviación de poder cuando beneficia a un particular (aunque se trate de una decisión singular, no enmarcada en otro conjunto de directrices) lleva a la absurda conclusión de que solo sería acorde al interés general el plan que perjudicase a todos los afectados por él.

iii) La satisfacción de un interés privado puede servir perfectamente al interés general. Así sucede en la inmensa mayoría de actos de carácter favorable, y ocurre también con normalidad en el planeamiento urbanístico: si se considera que la edificación en altura de una zona es conveniente para el desarrollo de la ciudad, o para dotar a la misma de un número suficiente de viviendas sociales, tal previsión sirve claramente al interés general, aunque al mismo tiempo esté haciendo ricos a los propietarios de la zona (ahora no, pero todo volverá).

En definitiva, la contraposición interés general/interés privado es un simplismo: la satisfacción de intereses privados solo puede ser ilícita por desviación si, aun siendo ajustada a Derecho en los demás aspectos, lesiona claramente el interés general. Es, sobre todo, un instrumento insuficiente para poder concluir con la mínima objetividad, en un caso concreto, que se ha producido una desviación de poder: con unos soportes argumentales tan escasos, la solución a alcanzar puede ser una o la contraria. Y es, por ello, un buen ejemplo de la absoluta discrecionalidad con la que se construyen los razonamientos que llevan a constatar la existencia de este vicio. Unos razonamientos que, antes de ser mecánicamente reproducidos, deberían tener muy en consideración las sabias reflexiones que en alguna ocasión ha hecho también la jurisprudencia, y que no me resisto a reproducir:

«el control jurisdiccional de las Administraciones [...] no puede irrumpir en el corazón de la potestad discrecional, valorando la oportunidad de la decisión y, mucho menos, sustituyendo la elección administrativa. Los tribunales de lo contencioso-administrativo han de ceñirse, pues, a verificar los hechos para comprobar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia con ellos, de suerte que, si aprecian una incongruencia o una discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y, más con-

cretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad [...]. Una vez comprobado que una concreta determinación del plan incurre en un desvío de esa naturaleza, procede su anulación, pero los jueces no podemos reemplazarla por otra a nuestro antojo, pues, tratándose de potestades discrecionales, siempre existen varias soluciones lícitas y razonables entre las que debe escoger la Administración, titular de esta potestad discrecional»¹¹.

II. SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL EN MATERIA DE PLANEAMIENTO

El comentario de las sentencias que citamos al comienzo de estas páginas tiene como objetivo principal exponer algunas consideraciones marginales sobre el instrumento técnico que emplearon para llegar a estimar los recursos respectivos, la desviación de poder. Pero su lectura, unida a la de otros muchos fallos dictados sobre la misma materia, suscita una segunda reflexión que quisiera dejar meramente apuntada, pero que no es en absoluto trivial.

Me refiero a la actitud que, en términos generales, ofrece en los últimos años la jurisprudencia contencioso-administrativa (*lato sensu*, incluyendo sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia) en los litigios que versan sobre planes urbanísticos. Aunque, naturalmente, no existe ni he podido hacer una estadística fiable, es unánime el estupor que todas las Comunidades Autónomas y numerosos Ayuntamientos expresan hoy hacia el elevado número de sentencias que estiman los recursos interpuestos contra acuerdos de aprobación de planes urbanísticos (de todos los niveles), así como contra los de modificación puntual de los mismos, decretando su nulidad de pleno derecho.

1. *Las consecuencias fácticas*

Es casi ocioso recordar el capital trastorno que estos fallos producen en las Administraciones municipales. Ya de entrada, elaborar y aprobar un plan urbanístico cualquiera (no solo los generales) es una tarea ímproba que exige años, que implica costes muy elevados y que supone un desgaste brutal para los responsables municipales, forzados a una agotadora negociación multilateral con propietarios, promotores,

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2009 (recurso de casación 5938/2005).

partidos de la oposición, asociaciones ecologistas, Administraciones sectoriales que han de informar el proyecto y con su Comunidad Autónoma; y el resultado del proceso de planeamiento es, por lo demás, un documento transaccional que no satisface plenamente a nadie y que provoca, de modo inevitable, incontables litigios y algunas querrelas criminales. Ésta es, adicionalmente, una tarea que ha de reproducirse en ciclos temporales muy cortos, dada la incontenente afición de algunas Comunidades Autónomas a modificar por completo su respectiva legislación del suelo y ordenación urbana; cada una de las cuales da lugar a nuevos procesos de revisión, muchos de ellos iniciados cuando todavía no ha finalizado el procedimiento de aprobación de un plan que trataba de adaptar el previo a la normativa recién derogada.

Es fácil colegir el impacto que ocasionan, en este fatigoso escenario, las sentencias de anulación de un instrumento de planeamiento, que tienen como efecto la reviviscencia de un plan histórico (el anterior al ahora anulado) que, normalmente, es de imposible aplicación en su integridad, ya que, en el intervalo, la configuración de la ciudad ha cambiado por completo y, desde luego, es inutilizable para ordenar los sucesivos crecimientos de ésta.

Por jurídicamente acertados que sean los fallos respectivos, no puede dejar de considerarse la crítica situación de inseguridad jurídica que generan; no solo en los responsables municipales, sino también en las familias adquirentes de inmuebles, que de repente ven evaporarse no solo el plan que amparó su construcción, sino incluso las licencias de primera ocupación.

2. *Las causas del fenómeno*

Preguntarse por las causas de este fenómeno no es indiferente a efectos jurídicos.

A) Seguramente, una de las principales se encuentra en la extrema complejidad que reviste la regulación actual de los instrumentos de planeamiento, a cuya documentación propia (la de origen municipal), ya de por sí de muy laboriosa (y costosa) confección, han de añadirse los múltiples informes sectoriales y declaraciones de impacto, además de la lluvia torrencial de alegaciones (y presiones directas) de todos los perjudicados (o menos beneficiados) por el proyecto. Como reconocen los responsables técnicos del planeamiento, no solo es sumamente fácil cometer errores en la elaboración de documentos tan complejos y exigentes en su detalle y en su motivación; es que la voluntad

de cumplir al cien por cien con la legalidad y el trámite haría muchas veces imposible, en términos de tiempo, dar a luz un proyecto. Ello hace que los planes sean documentos extremadamente vulnerables a cualquier impugnación.

Es muy probable que esta complejidad sea obligada; y habría que preguntarse si dicha complejidad no se debe a la ambición faraónica que es intrínseca a los planes urbanísticos. La noción de plan aún vigente en España es producto de la mentalidad hiperracionalista rampante en la primera mitad del siglo xx, que creía posible regular toda la dinámica inmobiliaria y de servicios de cualquier tipo de asentamiento urbano: una fantasía que la dura realidad de cada día desmonta empecinadamente. Habría que preguntarse seriamente si el alcance de los planes no debería ser objeto de una reducción a objetivos más modestos y localizados; y habría que hacerlo aun exponiéndose a censuras de neoliberalismo salvaje, y a las críticas de toda la cohorte de juristas, economistas, consultores, arquitectos urbanistas, ingenieros, sociólogos, ambientalistas y lobbyistas que han hecho del planeamiento un generoso manantial de ingresos profesionales.

B) Pero tampoco es ajena a este fenómeno la propia vulnerabilidad personal de los miembros de la jurisdicción contenciosa. Sería insincero ocultar que en no pocas sentencias se advierte un prejuicio subliminal a sospechar la existencia de fenómenos de corrupción tras cada operación de planeamiento (sobre todo de las modificaciones puntuales), y que otras revelan un acusado fervor medioambientalista (perfectamente legítimo desde la perspectiva personal). Pero los muy numerosos miembros del poder judicial que son ajenos a estos prejuicios y preocupaciones se encuentran sometidos a una presión social y mediática muy intensa. La tramitación de cualquier plan urbanístico de una cierta importancia se convierte automáticamente en la principal herramienta de lucha partidista y de desgaste del grupo político que ostenta el poder municipal, al que coadyuvan con entusiasmo los perjudicados por las determinaciones del proyecto y, por supuesto, las asociaciones ecologistas o protectoras del patrimonio y la prensa local, que tienden a crear la imagen de que el proyecto de plan solo persigue favorecer a determinados propietarios y promotores. Y es necesario poseer un carácter muy recio para permanecer impasibles e imparciales y, cuando se plantean las impugnaciones al plan, a resistir el temor de ser colocados en la picota reservada a los cómplices de especuladores y blanqueadores de dinero.

En estas condiciones, la tan alabada justicia de proximidad entraña un grave riesgo para la independencia judicial (en los casos de que aquí se trata, pero también en otros muchos); está muy lejos de ser

una *boutade* la propuesta que escuché no hace mucho a un alcalde de capital de provincia, que sugería que el enjuiciamiento de su plan general debería ser hecho por el Tribunal Superior de Justicia del extremo opuesto del territorio nacional.

3. *La desproporción de efectos jurídicos*

Al hecho de las anulaciones masivas de instrumentos de planeamiento se añade, sin embargo, un segundo tipo de efectos, tanto o más gravosos y preocupantes que el de la anulación en sí. Dado que los planes urbanísticos poseen naturaleza reglamentaria: A) su anulación en vía jurisdiccional determina su calificación como nulos de pleno derecho; B) cuando dicha anulación se fundamenta en un vicio de forma (o de desviación de poder), la nulidad no afecta solo a las concretas determinaciones materiales del plan que motivaron su impugnación, sino a la totalidad de mismo; y C) además, la jurisprudencia ha rechazado frontalmente la posibilidad de subsanar los defectos y conservar los trámites no afectados por el vicio, obligando a reiniciar el procedimiento en su totalidad (desde la casilla cero, se dice), consecuencia que se apoya en la dicción literal del artículo 67.1 de la Ley 30/1992, que parece limitar la posibilidad de convalidación a los actos anulables (no, por tanto, a los nulos de pleno derecho).

En principio, parece que estas consecuencias no deberían suscitar sorpresa alguna: se trata de los efectos lógicos de la declaración de nulidad de pleno derecho de una disposición reglamentaria. Pero las devastadoras secuelas prácticas que estas anulaciones conllevan obligan a detenerse a pensar si son proporcionadas y lógicas. No pretendo negarlas, sino solo suscitar una reflexión colectiva sobre las mismas, sin predeterminar su resultado.

A) Calificar los instrumentos de planeamiento como normas reglamentarias es una cuestión que no fue pacífica en sus orígenes, pero en la que pronto se asentó, doctrinalmente, una respuesta aparentemente positiva¹² inmediatamente generalizada y que terminó siendo acogida por la jurisprudencia¹³. Pero esta respuesta unánime nunca

¹² E. GARCÍA DE ENTERRÍA / L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, I, Madrid, Cívitas, 1979, págs. 217 y ss.; por más que esta calificación no se encuentre explícita en toda la obra. Lo da por supuesto, acertadamente, J. M.^a BAÑO LEÓN, *Derecho urbanístico común*, Madrid, Iustel, 2009, pág. 129.

¹³ Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 17 de octubre de 1988 (recurso de casación 1334/1987); de 16 de octubre de 1990 (recurso de casación 1352/1989); de 21 de diciembre de 2004 (recurso de casación 7079/2000); de 27 de septiembre de 2005 (recurso de casación 2713/2002); de 2 de junio de 2008 (recurso de casación 3416/2004); de 26

ha sido unívoca, al introducirse la distinción entre instrumentos de ordenación y de gestión: la jurisprudencia ha mantenido importantes vacilaciones acerca de la calificación de los proyectos de urbanización y de los estudios de detalle¹⁴, así como respecto de otros instrumentos propios de la legislación autonómica, cuya funcionalidad es prácticamente equiparable a la de los planes generales¹⁵. Y es que la línea que separa los instrumentos de ordenación de los de gestión es extremadamente fina y variable según se considere uno u otro instrumento concreto. Además, es también general la opinión de que no puede atribuirse carácter normativo a toda la documentación integrante de un plan, como sucede con las memorias, los planos y los estudios de impacto¹⁶, aunque no se ha alcanzado el grado de precisión deseable acerca de qué concretos documentos poseen carácter reglamentario y cuáles carecen de esta naturaleza.

Esta situación de incertidumbre haría aconsejable, me parece, una reflexión más afinada y en profundidad. Personalmente, me inclino por terminar con la calificación reglamentaria de los planes, con la única salvedad de las ordenanzas de edificación que forman parte de los mismos. De esta manera se eliminarían las dudas de calificación que ofrece el batiburrillo de documentos que los integran, además de algunas otras, como la posibilidad de ser objeto de recursos indirectos¹⁷,

de junio de 2009 (recurso de casación 1079/2005); de 9 de febrero de 2012 (recurso de casación 2079/2008); de 19 de julio de 2012 (recurso de casación 365/2011); de 5 de diciembre de 2012 (recurso de casación 2460/2010); y de 3 de julio de 2013 (recurso de casación 943/2010).

¹⁴ En sentido de considerarlos como reglamentos, y en contra de jurisprudencia anterior (p. ej., el Auto del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2006, recurso de casación 9553/2004), las Sentencias de 20 de marzo de 2003 (recurso de casación 1386/2000); de 26 de diciembre de 2007 (recurso de casación 106/2004); de 8 de noviembre de 2012 (recurso de casación 3023/2010); y de 3 de octubre de 2013 (recurso de casación 3727/2011). Más nítida ha sido la doctrina respecto de otros instrumentos, calificados invariablemente como de gestión y carentes, por tanto, de naturaleza reglamentaria, como los proyectos de compensación (Auto del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2005, recurso de casación 360/2004), los de reparcelación (Autos de 27 de octubre de 2005, recurso de casación 213/2005, y de 9 de marzo de 2006, recurso de casación 1149/2005) y los expedientes de equidistribución (Auto de 11 de octubre de 2006, recurso de casación 578/2005).

¹⁵ Como ha sucedido con los Programas de Actuación Integrada de la legislación urbanística valenciana, a los que se ha negado la naturaleza reglamentaria: Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2009 (recurso de casación 2587/2005); de 20 de noviembre de 2009 (recurso de casación 6852/2005); y de 27 de septiembre de 2012 (recurso de casación 6955/2010); pero incluso esta línea doctrinal ha tenido importantes matizaciones, como las que figuran en el Auto del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2006 (recurso de casación 2152/2004). Esta conclusión sería igualmente aplicable a figuras similares de otras Comunidades Autónomas, como los Programas de Actuación Urbanizadora de la normativa de Castilla-La Mancha, o los Programas de Ejecución de la legislación de Extremadura.

¹⁶ Es la autorizada opinión, por todos, de BAÑO LEÓN, *op. cit.*, pág. 130.

¹⁷ Autos del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1985 (recurso de casación 213/2005); de 27 de abril de 2006 (recurso de casación. 8303/2004); y de 13 de julio de 2006 (recurso de casación 415/2005).

el cómputo del plazo para su impugnación¹⁸, y la necesidad o no de notificación de la aprobación a los propietarios incluidos en el ámbito del plan¹⁹. No sería, por lo demás, la primera vez en la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado un giro de ciento ochenta grados en su doctrina acerca de la naturaleza de determinadas actuaciones administrativas²⁰.

B) La decisión anulatoria de un plan urbanístico, en su integridad, cuando se alegan vicios en el procedimiento de su elaboración y aprobación, pero el demandante centra exclusivamente su impugnación en el tratamiento que el plan da a una pequeña parte del mismo, es una solución maximalista que carece de justificación técnica; y lo mismo puede decirse de los recursos interpuestos contra un acto complejo o un reglamento típico, de los que solo se recurren partes o artículos específicos. Si el objeto del recurso (en el sentido no técnico de la expresión) es una mera porción del acto o reglamento, la anulación debiera limitarse, por pura congruencia procesal, a dicha parte de la actuación administrativa impugnada; salvo, claro está, en aquellos casos en los que la satisfacción de la concreta pretensión del demandante exija imperativamente la anulación de todo el acto o norma.

No hago salvedad de los supuestos en los que los recurrentes, aun persiguiendo solo la anulación y distinta redacción de una concreta determinación del plan, solicitan también la anulación de su totalidad, ba-

¹⁸ Véanse las SSTs de 26 de junio de 2009 (recurso de casación 1079/2005); de 9 de febrero de 2012 (recurso de casación 2079/2008); de 19 de julio de 2012 (recurso de casación 365/2011); de 5 de diciembre de 2012 (recurso de casación 2460/2010); y de 3 de julio de 2013 (recurso de casación 943/2010), según las cuales el cómputo del plazo para la impugnación del plan es el de su publicación íntegra; no la del acuerdo de aprobación del mismo, si éste no contiene las normas del plan.

¹⁹ Sobre todo cuando se trata de planes de iniciativa particular: en tal caso, la aprobación ha de ser notificada personalmente a los propietarios de terrenos incluidos en su ámbito, fecha de notificación que será el *dies a quo* desde el que habrá de computarse el plazo de interposición (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, recurso de casación 120/1996; de 22 de febrero de 2003, recurso de casación 8850/1999; de 26 de junio de 2009, recurso de casación 1079/2005; y de 19 de abril de 2012, recurso de casación 356/2010); tal notificación, en cambio, no se considera preceptiva cuando se trate de aprobaciones o modificaciones del planeamiento general, incluso cuando los interesados hubieran formulado alegaciones en el procedimiento de elaboración (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2005, recurso de casación 8/2001; de 12 de noviembre de 2010, recurso de casación 2686/2006; de 12 de mayo de 2011, recurso de casación 4829/2007; y de 21 de marzo de 2014, recurso de casación 2532/2011).

²⁰ Como ha sucedido últimamente con las relaciones de puestos de trabajo en el ámbito del empleo público, que, tras ser consideradas durante largo tiempo como de naturaleza reglamentaria, han pasado a ser recalificadas como simples actos administrativos: Sentencias del Tribunal Supremo de 5 y 25 de febrero de 2014 (recursos de casación 2986 y 4156/2012); de 24 de marzo de 2014 (recurso de casación 299/2013); de 7 y 29 de abril de 2014 (recursos de casación 2342/2012 y 742/2013); y de 18 de junio de 2014 (recurso de casación 3598/2012). El mismo criterio se ha establecido, en relación con los denominados Planes de Ordenación de Recursos Humanos, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2014 (recurso de casación 2755/2012).

sándose en defectos formales. Aunque en tales casos la anulación íntegra forme parte de las pretensiones de la parte actora, me parece que su legitimación para pedir la nulidad del resto de las determinaciones del plan urbanístico es más que discutible, por no decir que inexistente.

C) La cuestión, por fin, de la imposibilidad de convalidar los vicios de forma cometidos en la elaboración del plan, y la necesidad de reiniciar el procedimiento, en su integridad, desde su punto de partida, es la premisa de esta doctrina jurisprudencial que me parece menos defendible.

De una parte, la invocación de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 30/1992 es escasamente consistente, por dos razones: primera, porque se basa en una interpretación *a contrario sensu* de la norma (la cual solo dice que podrán convalidarse los actos anulables, pero nada dice de la convalidabilidad de los nulos), medio interpretativo sobre cuya falta de fiabilidad y solidez lógica han advertido desde hace largo tiempo los teóricos del Derecho²¹; y segunda, porque contradice terminantemente lo dispuesto en el anterior y mucho más claro artículo 66, que ordena («dispondrá siempre») conservar todos los actos de procedimiento «cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción», tanto cuando se «*declare la nulidad o anule las actuaciones*»; esto es, tanto en los casos de nulidad como en los de anulabilidad.

La supuesta necesidad de repetir la integridad del trámite de un plan declarado nulo por razones de forma carece, por tanto, de toda justificación, salvo cuando el trámite omitido o defectuosamente realizado tuviera como efecto la alteración del contenido del plan o impidiera su aprobación. Hablo en este caso de uno de los vicios que han dado lugar a la anulación de un buen número de planes, la omisión del informe de la Confederación Hidrográfica sobre la suficiencia de recursos hídricos disponibles para atender a las necesidades de los asentamientos a que el plan dé lugar. Si, tras la anulación, el informe es requerido y emitido de conformidad, no se aprecia por lado alguno la necesidad de reproducir la totalidad del procedimiento de elaboración del plan urbanístico.

²¹ Véanse, en la doctrina española, los libros de M. ATIENZA, *Sobre la analogía en el Derecho*, Madrid, Cívitas, 1986, y de M.ª J. FALCÓN Y TELLA, *El argumento analógico en el Derecho*, Madrid, Cívitas, 1991, y el trabajo de J. A. GARCÍA AMADO, «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho», *Doxa*, 24 (2001), págs. 5-63.