

# DISCRECIONALIDAD Y PROHIBICION DE ARBITRARIEDAD: LA MOTIVACION DE LA CONCESION DE LICENCIA EN SUELO URBANIZABLE NO PROGRAMADO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 15 de octubre de 1985)

por

**Marcos M. Fernando Pablo**

Departamento de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho. Salamanca

I. De conformidad con el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo únicamente es exigible la motivación del acto administrativo si aquél pertenece a determinadas categorías, y entre ellas, caso de que, como el acto de denegación de una licencia urbanística, limite derechos subjetivos.

Parecería, en consecuencia, que únicamente el acto denegatorio de una licencia debería ser motivado. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1985 (Sala IV; Ponente, señor Garayo Sánchez) confirmó la sentencia de instancia anulatoria de *la concesión* de una licencia por falta de motivación, en concreto, por no acreditarse la utilidad social exigida por los artículos 85 y 86 del Texto refundido de la Ley del Suelo y 42, 2, del Reglamento de Gestión, para conceder licencias de edificación en suelo urbanizable no programado.

Los hechos fueron los siguientes: La Comisión de Urbanismo de

Barcelona concedió licencia para la instalación de una granja experimental en terrenos clasificados como suelo urbanizable no programado, por razones de interés social de los fines a que habría de dedicarse el conjunto de edificaciones, dedicados a la mejora ganadera. Recurrida dicha licencia por el Ayuntamiento interesado, la Sentencia de instancia anula el acto de concesión y la licencia, por no estar acreditada en aquél la concurrencia de dicha utilidad pública. El interesado apela señalando que no es cierta la afirmación de la Sentencia en el sentido de que la Comisión ha valorado únicamente su exposición y que, en todo caso, corresponde a la propia Comisión determinar si existe o no utilidad pública.

II. La fundamentación jurídica del Tribunal Supremo plantea distintos problemas, cuyas líneas maestras son las siguientes:

1. La Comisión valora el interés social o la utilidad pública ejerciendo competencias propias y, en consecuencia, su examen no se basa en la mera inactividad municipal cara al otorgamiento de la licencia, ni en mecanismos de subrogación en competencias extrañas:

«El Abogado del Estado, como representante legal de la Administración demandada..., fundamenta la apelación en que la inactividad del Ayuntamiento en el otorgamiento de la licencia fue la que permitió la intervención de la Comisión de Urbanismo con facultades propias, tesis que no puede ser acogida, puesto que la subrogación que autoriza el artículo 9, 6, d), del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales... fue rechazada expresamente por la citada Comisión, y las facultades propias le corresponden... cuando se trata de construcciones o instalaciones de utilidad pública o interés social o de edificaciones aisladas destinadas a vivienda unifamiliar» (Considerando cuarto).

Esto lleva a que la utilidad pública o interés social no sea el exclusivamente local. Por el contrario, la Comisión es la encargada de hacer valer aquellos intereses incluso frente a la conveniencia o interés puramente locales.

2. El interés público alegado puede ser apreciado por la Administración sectorial interesada, y al particular corresponde promover esta actividad. Pero, con independencia de ello, la Administración urbanística debe realizar su propia constatación.

En el supuesto que nos ocupa, el Departamento de Agricultura, según comunicación de la Dirección General de Urbanismo, se había pronunciado en el sentido de que

«considera muy interesante esta realización (la de la granja experimental) y estima oportuno le sea otorgada la autorización correspondiente».

El Tribunal Supremo estima que el documento aportado por la parte interesada (en el que se contenía aquella declaración) «carece de contenido a los efectos pretendidos», es decir, no puede desvirtuar la afirmación del considerando sexto de la Sentencia apelada, según la cual:

«la única prueba sobre la utilidad pública o el interés social radica en la exposición del mismo señor V. (el interesado solicitante)».

Aunque dentro de cierta ambigüedad, parece claro que es la forma del documento aportado y su falta de requisitos procesales, junto con ciertas inexactitudes, las que llevan al Tribunal Supremo a confirmar en este punto la Sentencia apelada. Pero, además, el Tribunal Supremo está implícitamente afirmando que, aunque el interesado aporte datos, informes oficiales y argumentaciones que justifiquen la utilidad pública o el interés social de la instalación, es la Comisión de Urbanismo la que debe realizar la actividad instructora necesaria para enjuiciar si realmente las alegaciones del peticionario están basadas en criterios objetivos o, por el contrario, suponen una mera invocación retórica. Y en esta evaluación de la concurrencia o no de la utilidad pública no es jurídicamente suficiente, para la regularidad de la concesión de la licencia, una pura apreciación discrecional que pudiera llevar a concluir que, a los efectos de concesión de licencia en suelo urbanizable no programado, la Comisión establece o dicta lo que constituye el interés social o la utilidad pública. Por el contrario, la censura de la Sentencia de instancia y del Tribunal Supremo es justamente el mal uso de las facultades de apreciación y valoración en el sentido de no haberse realizado una adecuada ponderación, decidiendo exclusivamente sobre la base de las alegaciones del interesado.

3. En el considerando tercero de la Sentencia comentada, el Tribunal Supremo desarrolla el núcleo de su exposición y, en concreto, las razones por las que mantiene el fallo de la Sentencia apelada que anula la concesión de la licencia «por no estar fundamentada», o mejor:

«por estimar inaceptable la forma en que se ha ejercitado la discrecionalidad administrativa existente».

En concreto, el Tribunal Supremo comienza afirmando que:

«los conceptos de utilidad pública e interés social son conceptos jurídicos indeterminados, en cuya valoración la Administración actúa con un margen de apreciación mal llamado discrecionalidad... mas ello no le exime de aportar al expediente el material probatorio que acredite que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice su legalidad».

Con esta argumentación (resumen de una línea jurisprudencial) se reprocha a la Comisión de Urbanismo no haber tenido en cuenta en su valoración más que la exposición del solicitante, la cual es tachada de insuficiente, con apoyo en el Reglamento de Gestión Urbanística:

«en la presente litis... el Reglamento de Gestión Urbanística..., en su artículo 44, 2, *d*), exige la justificación por el interesado de esos extremos de utilidad pública o interés social».

A continuación, la censura por el mal uso de la discrecionalidad se centra en que la Comisión ha infringido el artículo 44, 4, del Reglamento de Gestión Urbanística («en la resolución habrá de valorarse la utilidad pública o interés social de la edificación o instalación»), y, tras recordar que discrecionalidad de la Administración no supone una decisión (con facultades de conformación caprichosa del interés público) que impida:

«el ejercicio por los Tribunales de la facultad impuesta por el artículo 106 de la Constitución de controlar la legalidad de la Administración, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

Termina declarando el Tribunal Supremo, como resumen de las técnicas empleadas (conceptos jurídicos indeterminados, margen de apreciación, control de hechos determinantes):

«La motivación adecuada constituye un requisito esencial en los actos administrativos, de particular trascendencia en los de carácter discrecional, ya que de no exigirse la discrecionalidad quedaría degradada a arbitrariedad».

En esta ocasión, el Tribunal Supremo parece querer generalizar la obligación de motivar los actos administrativos, si bien no debe olvidarse que en este caso nos hallamos con un texto expreso que exige la motivación (art. 44 RGU). Al menos, es clara la idea de que todo acto discrecional (en el sentido de ejercicio del margen de apreciación administrativa) debe ser motivado.

No hay cita expresa del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.º CE), pero la idea está presente: obligar a motivar es obligar a exponer las razones de una decisión; es, por ello mismo, obligar a tenerlas.

III. Es arbitrario un poder que se ejerce, con pretensión de validez en sus decisiones, fundamentándose exclusivamente en la titularidad de una potestad. Si se reconoce a la Administración un margen de apreciación en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, ello no puede (sino que le obliga) ser la puerta de la arbitrariedad. La Administración está obligada a formar un criterio, a aplicarlo de forma cognoscible (motivación) y reiterada (igualdad).

La Sentencia comentada tiene la virtud de ejemplificar el conjunto de técnicas jurídicas de control de la actuación administrativa discrecional cuando decide en función de un «margen de apreciación», para concluir reconociendo el elemento común de todas ellas: la motivación del acto administrativo, que en esta ocasión debe jugar para dar regularidad jurídica a la concesión de una licencia y no, como es habitual, en la denegación de la misma. Ello traduce la idea de que la motivación ni es mero requisito de forma ni puede limitarse su exigencia a los supuestos tasados legalmente.

