

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL URBANISMO

SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1971

I. INTRODUCCION

La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1971 (Ponente: FERNÁNDEZ VALLADARES) acepta un Considerando de la sentencia apelada—el sexto—, en el que se sienta la siguiente doctrina:

«Que resulta, asimismo, improsperable la impugnación apoyada en la pretendida violación del principio de igualdad ante la Ley, principio que, ante todo, conviene situar en su justa perspectiva, tal como ya en sentencias anteriores, entre ellas la de 5 de diciembre de 1969, ha hecho esta misma Sala, es decir, que en casos como el presente, aquel principio no puede significar la vinculación de la Administración a las actuaciones precedentes que infrinjan las normas, porque ello equivaldría a sancionar la posibilidad de su real derogación a través de actos ilícitos de aplicación singular y, por el contrario, configurado el mismo como garantía de justicia, se proyecta primordialmente con respecto a los actos de contenido discrecional en los cuales el precedente efectivamente vincula, como expresión del interés público, para los supuestos de hecho idénticos, mientras que respecto de los actos de contenido reglado no pasa de ser un aspecto más de la obligatoriedad común de la regla de Derecho, y, por tanto, su eficacia correctora se manifiesta solamente allí donde los órganos que aplican las normas tienen posibilidades de opción (o sea, cierta discrecionalidad) o también determinando la exigencia de una interpretación igual para casos idénticos, mas nunca posibilitando la perpetración de actuaciones ilegales; criterio aplicable a las licencias de construcción que en nuestro ordenamiento actual son simplemente modo de constatar que el edificio pretendido cumple los requisitos del Plan y la Ordenanza, por lo cual aquel principio no puede tener otro alcance en esta esfera que el ya dicho de su proyección en una interpretación y aplicación igual de las normas urbanísticas, en supuestos de hecho idénticos, no la perpetuación de infracciones; de aquí que en este caso la existencia de un edificio en la cercana avenida de Bélgica, y un grupo de cuatro bloques inmediatos al proyectado, que según la actora, asimismo, violan las normas de volumen y altura, no pueda en modo alguno ser tenida en cuenta a efectos de entender ilegal la anulación de la licencia, visto que precisamente esta resolución anulatoria es la que aplicó correctamente los ya citados preceptos de las Ordenanzas que, por el contrario, vulneraba el proyecto autorizado, según antes se puso de relieve.»

El Considerando—que mantiene una doctrina correcta—viene a reflejar una triste realidad de la acción administrativa urbanística y de la acción administrativa en general. Y es la quiebra de los principios generales del Derecho, el divorcio más absoluto entre principios y realidad.

II. LA DESIGUALDAD ANTE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Es cierto que nuestros textos legales reconocen y sancionan la igualdad ante la Ley y ante las cargas públicas como uno de los principios generales del Derecho. Sin embargo, la desigualdad es la norma. Al fenómeno me he referido en más de una ocasión (1). En el trabajo que bajo el título *Administración pública y libertad* publiqué recientemente en México, me dedico a estudiar especialmente el tema referido a la realidad urbanística, después de un planteamiento general del mismo. Como en él digo, la desigualdad es la norma. Desde el momento mismo en que el administrado se pone en contacto con la Administración pública y se encuentra con la *ventanilla*. Sorprende el escaso interés de la doctrina por esta institución, que constituye el primer obstáculo a franquear—y no el menor—para tomar contacto con la Administración pública y obtener una decisión (2). Es más, para un sector de la opinión pública, la Administración no es otra cosa que un conjunto de ventanillas donde se hace cola (3).

Se utiliza el término, por tanto, en el más amplio sentido de toda barrera material que separa al funcionario del administrado en un despacho abierto al público (4). Desde aquella tradicional ventanilla, por la que asomaba la cabeza aquel inefable personaje de MIHURA llamado el señor Hernández (5), hasta la más reciente barrera de vidrio de las oficinas de información, por la que asoman las piernas de una funcionaria.

El panorama, el aspecto material, ha cambiado. No ya por la diferencia que realmente existe—y es de apreciar—entre el funcionario con «maniguitos» y la funcionaria con minifalda, sino también por la que indudablemente existe entre aquellas pequeñas ventanas de madera, que podían cerrarse herméticamente a voluntad del funcionario, permitiéndole discutir tranquilamente fuera de las miradas impertinentes del administrado la última crisis—ya que entonces no existían quinielas—y las decorativas barreras transparentes que separan hoy las mesas de trabajo del funcionario de la zona maldita del administrado.

No se trata de un fenómeno típicamente español. Como he dicho en más de una ocasión, y no me canso de repetir, los defectos que normalmente atribuimos a nuestras Administración pueden referirse a cualquier otra, pues son consustanciales de eso que se llama Administración pública.

Esto explica que, no con la agudeza de nuestro MIHURA, pero desde otra perspectiva—del fenómeno de la ventanilla—, haya dicho cosas análogas HENRI DEROCHE, en un libro magnífico sobre los mitos administrativos, que vio la luz en 1966 (6).

El funcionario—dice—está protegido por una barrera que no puede ser franqueada sin escándalo. Esta barrera de madera o de metal tiene, por otra parte, el carácter de tabú, puesto que detiene las reclamaciones intempestivas. Los aguafiestas que protestan abiertamente son raros y parecen tener siempre mala conciencia a los ojos de los que esperan pacientemente su turno... La reclamación violenta es, por otra parte, una

(1) Así, en *El administrado*, Madrid, 1966, págs. 36-54; *Administración pública y libertad*, México, 1971, págs. 46-60, y últimamente, en *Comentarios a la Ley de orden público*, Madrid, 1971, págs. 43-44.

(2) H. DEROCHE, *Les mythes administratifs*, París, 1966, pág. 111.

(3) Así, GABRIEL MIGNOT y PHILIPPE D'ORSAY, en *La machine administrative*, París, Ed. du Seuil, 1968, pág. 3.

(4) DEROCHE, *ob. cit.*, pág. 109.

(5) El pasaje de la obra de MIHURA, *Sublime decisión*, ha sido recogido por DÍAZ PLAJA en *El español y los siete pecados capitales*, 3.ª ed., Madrid, 1968, págs. 262-263.

(6) *Ob. cit.*, págs. 109-114.

maniobra peligrosa, un sacrilegio en relación al rito, del que las consecuencias más inmediatas son: la inacción sistemática del que está detrás de la ventanilla y la oposición general de todo el servicio, cubriendo y protegiendo a uno de los suyos, como si el mismo hubiera sido puesto en peligro en su principio y su totalidad. Y concluye: no hay diálogo, sino actitud de subordinación para la obtención de un servicio, generalmente pagado. Las relaciones con la Administración se presentan a este nivel —dice DEROCHE— como dialéctica del señor y del esclavo.

Pero existen frecuentemente, al lado de las ventanillas, otras puertas, otros accesos a los despachos de los superiores, en las que pueden observarse en grandes letras la siguiente advertencia: «Prohibida la entrada al público». El «público», naturalmente, es ese administrado simple, que no tiene otro cauce para llegar al poder que el estrecho y angosto de la ventanilla (7).

Estas otras puertas, estos otros accesos más cómodos no son para él. Son para otro «público», son para los «administrados», que desde el momento mismo de ponerse en contacto con la Administración pública obtienen un trato distinto. No tienen necesidad de cola ni turno, ni siquiera de adoptar una actitud suplicante. Las puertas les están abiertas y si alguien adopta una posición de subordinación, no es precisamente el administrado.

Y aún hay otra forma superior de toma de contacto. Existe toda una categoría de administrados para los que ni siquiera es necesario descender a la oficina pública. Basta una simple llamada telefónica para que sea el propio funcionario competente el que acuda al despacho del administrado. Quien está detrás de la barrera no es ahora el funcionario. El teléfono cumple aquí un papel relevante. A él se ha referido SIMENON, en una de sus novelas traducidas al castellano, al hablar de las personas que han llegado a «esa situación... en que un telefonazo sustituye a días o semanas de gestiones. No forman parte del público—dice—. Están al otro lado del decorado; saben lo que los otros ignoran, lo que se les oculta, porque sería peligroso que estuviesen al corriente» (8).

Es un hecho cierto, incuestionable, que desde la puesta en marcha del mecanismo administrativo hasta la decisión final y la ejecución y eficacia de la decisión, pasando por las distintas fases, hay dos categorías de administrados. Existen en esta sociedad de consumo y existirán en cualquier otro tipo de sociedad. Variarán los criterios de selección para llegar a figurar en la categoría de los privilegiados, variarán los motivos para obtener un trato de favor, pero éste se dará siempre. En la sociedad de hoy—y repito, una vez más, que no me estoy refiriendo a un fenómeno típico español, sino a la sociedad capitalista de consumo—y en la del futuro.

Los criterios para figurar en la categoría de los privilegiados variarán. No sabemos cuáles serán en la sociedad de mañana. Pero sí sabemos cuáles son en la de hoy.

Existe una íntima relación entre el poder político y el económico. En otra ocasión me refería al contubernio entre políticos y financieros (9). En realidad, es algo más: es que el poder, el verdadero poder, es el económico. Por eso cuando un grupo, un clan, una casta, una clase, intenta apoderarse de un Estado, sabe que no es suficiente ni definitivo—con ser muy importante—instalarse en los puestos políticos claves, sino que lo que realmente les dará el poder será adueñarse de la economía del país.

(7) El hecho se refleja perfectamente en el libro de G. MIGNOT y PH. D'ORSAY, *La machine administrative*, cit., en un capítulo que lleva el expresivo título de «De la ventanilla a la antesala del Ministro».

(8) *Las campanas de Bicêtre*, Barcelona, 1962, pág. 113.

(9) *El administrado*, cit., págs. 70-71.

Se ha referido a este estado de cosas no hace mucho otro francés, JACQUES MANDRIN, en un precioso libro sobre esa nueva casta de funcionarios salidos de la Escuela Nacional de Administración Pública Francesa, a cuyos miembros da el expresivo nombre de «los mandarines de la sociedad burguesa». Pues bien, en este libro se refiere a un Estado en el que «los Presidentes de los Consejos de Administración se olvidan de que son Ministros, pero en que los Ministros no olvidan jamás sus Consejos de Administración» (10).

Lo cierto es que por este mecanismo de la conquista del poder, mucho más práctico y menos romántico que las marchas fascistas, el grupo se consolida de tal manera, con tan firmes raíces y sólidos fundamentos, que no cabe desmontarle sin una revolución o una guerra.

En esta situación no tiene cabida el principio de igualdad. El legislador se da perfecta cuenta de las dificultades que su aplicación práctica ofrece. Esto explica que, además de en las leyes fundamentales, se reitere en las leyes ordinarias y hasta en las disposiciones reglamentarias, tratando de arbitrar medidas que garanticen su efectividad. Las disposiciones urbanísticas constituyen un fiel exponente de esta preocupación del legislador.

Pero de nada sirve todo esto. La esterilidad es la nota dominante. Y el principio de igualdad, como los demás principios informantes del ordenamiento jurídico-administrativo, ahí están, encerrados en normas inaplicables, frente a las que se levanta una realidad rabiosamente contraria.

Don NICETO ALCALÁ-ZAMORA, al verificar que, como consecuencia de los acontecimientos de 1936, la Constitución de la Segunda República había devenido inaplicable, en una y otra zona, se refirió a ella en una serie de artículos, como «Una Constitución intangible y destrozada» (11). Por desgracia, no son necesarios acontecimientos tan dramáticos como los que vivió España en aquella época para que unas normas constitucionales devengan letra muerta.

En efecto, si examinamos las distintas modalidades que adoptan los atentados a la libertad del administrado, podemos comprobar que la igualdad no tiene de principio general de Derecho más que el nombre y ha quedado reducida a una bella declaración platónica de los textos constitucionales y de los discursos de los políticos.

III. EL PRECEDENTE Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. La obligatoriedad de las normas jurídicas no permite la invocación de los precedentes para mantener la validez de un acto que contravenga sus mandatos.

Las Leyes son obligatorias. Obligarán—según expresión del artículo 1.º del Código civil—. Cumplido el requisito de la publicación—en otro caso, como recuerda la reciente sentencia de 2 de junio de 1971, se considerarán inexistentes—, serán obligatorias desde el momento de su entrada en vigor. La ignorancia no excusa de su cumplimiento, según el artículo 2.º del Código civil, «sin que el hecho de que ese precepto del Código sustantivo civil—dice la sentencia de 7 de junio de 1971—hable de Leyes y no de Decretos ni de Ordenes ministeriales, excuse del perfecto conocimiento de estas disposiciones, dado que tal texto se refiere indiscutiblemente no a la norma específicamente denominada Ley, sino a todas las restantes normativas legales y reglamentarias».

(10) *L'enarchie ou les mandarins de la société bourgeoise*, París, Ed. La table ronde, 1967, página 123.

(11) En artículos publicados en la revista "Hoy", de México, julio-agosto de 1938, citados por ALCALÁ-ZAMORA (hijo) en *Justice Pénale de Guerre Civile*, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé", octubre-diciembre de 1938, pág. 639.

Todos, Administración pública y administrados, han de respetar, cumplir y acatar lo dispuesto en las normas.

El hecho de que un órgano administrativo venga infringiendo reiteradamente una norma y adoptando acuerdos que atentan contra la norma vigente, no confiere al administrado derecho alguno a que se siga infringiendo la norma a su favor (12).

En el turbio mundo del urbanismo no es infrecuente—hasta podríamos decir que es frecuente—que las ordenaciones se vulneren en beneficio de determinados grupos sociales, que cuentan con la fuerza y el apoyo social, político o financiero—bueno, esto último es lo mismo—. Planes y Ordenanzas resultan infringidos con licencias que permiten destinos, alturas y volúmenes muy distintos de los autorizados. Y existen sectores plagados de edificios que en modo alguno responden a lo que resultaría de aplicar una ordenación. Pero en tanto se mantenga la ordenación, los Tribunales no pueden amparar la pretensión de querer participar del mismo trato, obteniendo una licencia análoga a la que anteriormente se había concedido.

La doctrina de la sentencia comentada, de 7 de mayo de 1971, no puede ser más correcta. Lo contrario «equivaldría a sancionar la posibilidad de su real derogación a través de actos ilícitos de aplicación singular».

La Ley es igual para todos, sí. Pero no puede ampararse la ilegalidad. Lo triste es la desigual reacción ante la ilegalidad, según la persona beneficiaria del acto ilegal.

Entonces ¿cómo puede jugar el precedente? El precedente administrativo puede desempeñar un importante papel para hacer efectivo el principio de igualdad no sólo cuando la Administración pública realiza actividad discrecional—a que se refiere específicamente la sentencia—, sino también cuando realiza actividad reglada.

2. Es indudable que, según se ha dicho, la Administración pública está sujeta a la norma y viene obligada a su cumplimiento. El precedente no puede conducir a una actividad contraria a la norma. Ahora bien, la norma jurídica no siempre aparece clara, sino que, por el contrario, no es infrecuente que sus términos no sean claros, que la oscuridad de los mismos obligue a una labor interpretativa para llegar al verdadero sentido y alcance de la norma.

Es cierto que la función de interpretar y aplicar las normas corresponde a los Tribunales, sin que esta excelsa función pueda resultar mediata por la interpretación que vengan haciendo los órganos administrativos. El juez no puede estar vinculado por la interpretación del administrador. Al juez corresponde la alta misión de aplicar el Derecho; al administrador, realizar los intereses públicos, que, por muy públicos que sean, son *intereses*.

Ahora bien, pese a esta independencia del juez respecto del administrador a la hora de interpretar y aplicar la Ley, es obvio que no puede despreciar el precedente administrativo.

El precedente administrativo adquiere especial relieve ante una norma oscura de carácter técnico, como pueden serlo las urbanísticas sobre aprovechamiento de los predios, volúmenes, alturas, etc.

En este supuesto, si la Administración pública viene manteniendo una interpretación en beneficio de una serie de administrados, y de repente

(12) Cfr. *El administrado*, cit., págs. 37-38.

aquella interpretación se rompe en perjuicio de otro administrado, los Tribunales deben examinar con todo rigor a qué obedece este cambio y, siempre que la interpretación de la norma lo permita, seguir el precedente administrativo.

3. Si esto debe ser así respecto de la actividad reglada por norma de texto oscuro, es indudable que con más razón será respecto de la actividad discrecional. Cuando la norma confiera a la Administración la posibilidad de seguir vías distintas, entonces el precedente adquiere plena eficacia y debe seguirse por imponerlo así el principio de igualdad (13).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

(13) Sobre el tema, cfr. el completo trabajo de ORTIZ, *El precedente administrativo*, "Revista de Administración pública", núm. 24, págs. 75-115.