

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PEDRO ESCRIBANO COLLADO

ESTUDIOS
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Trabajos escogidos

ICA | INSTITUTO
CLAUVERO
ARÉVALO

UNIVERSIDAD DE SEVILLA
 **u eus**
Editorial Universidad de Sevilla

Sevilla 2022

Colección Homenajes
Núm.: 9

COMITÉ EDITORIAL:

Araceli López Serena
(Directora de la Editorial Universidad de Sevilla)
Elena Leal Abad
(Subdirectora)
Concepción Barrero Rodríguez
Rafael Fernández Chacón
María Gracia García Martín
Ana Ilundáin Larrañeta
María del Pópulo Pablo-Romero Gil-Delgado
Manuel Padilla Cruz
Marta Palenque Sánchez
María Eugenia Petit-Breuilh Sepúlveda
José-Leonardo Ruiz Sánchez
Antonio Tejedor Cabrera

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de la Editorial Universidad de Sevilla.

© Editorial Universidad de Sevilla 2022
C/ Porvenir, 27 - 41013 Sevilla.
Tlfs.: 954 487 447; 954 487 451; Fax: 954 487 443
Correo electrónico: eus4@us.es
Web: <https://editorial.us.es>

© Instituto Clavero Arévalo 2022

© Pedro Escribano Collado 2022

Impreso en papel ecológico
Impreso en España-Printed in Spain

ISBN 978-84-472-2379-4
Depósito Legal: SE 1656-2022

Diseño de cubierta y maquetación: Intergraf
Impresión: Pinelo. artes gráficas.

SUMARIO

PRÓLOGO

por Concepción Barrero Rodríguez y Javier Sola Teyssiere.....	9
---	---

ESTUDIOS

I. EN TORNO A LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD E IGUALDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	13
II. EL USUARIO ANTE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: PRECISIONES ACERCA DE SU SITUACIÓN JURÍDICA.	47
III. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES	87
IV. ¿CRISIS DE LOS CONCEPTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO?	105
V. OCUPACIÓN TEMPORAL	133
VI. EL ORDEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....	171
VII. LA EFICACIA DIRECTA DEL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN: LA NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL.....	209
VIII. LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN.....	223

IX. EL SISTEMA DE FUENTES EN MATERIA DE PATRIMONIOS PÚBLICOS. EL CARÁCTER BÁSICO DE LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	279
X. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EL PLAN DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE ANDALUCÍA.....	297
XI. LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA.....	323
XII. LA NECESARIA SUPERACIÓN DE LAS RECLAMACIONES PREVIAS COMO CONDICIÓN LEGAL AL EJERCICIO DE ACCIONES CIVILES Y LABORALES.....	349
XIII. PATRIMONIO CULTURAL, PAISAJE Y SOSTENIBILIDAD (TÉCNICAS DE ORDENACIÓN Y PROTECCIÓN JURÍDICAS).....	383
XIV. PROVINCIAS Y DIPUTACIONES: UNA POLÉMICA SIN PROYECTO INSTITUCIONAL.....	407

PRÓLOGO

Cuando nos planteamos la preparación de un compendio de trabajos del profesor PEDRO ESCRIBANO COLLADO con motivo de su jubilación académica, consideramos que le haría ilusión que se titulase de manera similar a la que él mismo preparó en homenaje a su maestro, el profesor D. Manuel Francisco Clavero Arévalo, con el mismo motivo jubilar, a principios de los noventa del siglo pasado. De ahí su título principal *Estudios de Derecho Administrativo*, acompañado, sin embargo, del subtítulo aclaratorio de que se trata solo de una selección de trabajos destacados de entre una amplia producción científica, desarrollada en ámbitos muy distintos de la disciplina, en su dilatada trayectoria de dedicación ininterrumpida y constante a la universidad. Al retomar dicho título pretendemos también subrayar una actitud muy arraigada en la llamada «escuela sevillana» de administrativistas, cual es la de respeto a ese sutil vínculo entre maestros y discípulos, basado en la *auctoritas*, que el propio profesor ESCRIBANO siempre ha profesado y estimulado entre los más jóvenes.

El profesor ESCRIBANO COLLADO ha desarrollado la mayor parte de su carrera universitaria en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en la que deja una profunda huella. De una parte, por su valorada labor docente e investigadora y también por su ejercicio del servicio público desde distintos cargos académicos, como los de decano de la Facultad de Derecho, director del Departamento de Derecho Administrativo en distintas ocasiones, director de la *Revista Andaluza de Administración Pública* o del entonces Instituto Universitario de Investigación García Oviedo (hoy Instituto Clavero Arévalo). De otra, por su permanente ejemplo de dedicación y entrega a las necesidades de todos. El valor de sus aportaciones, su juicio prudente ante cualquier situación, cuestión o problema que pudiera presentarse permanecerán en su departamento como referente de buen hacer universitario, como quedará, también, el recuerdo de su actitud siempre cercana y atenta con todos sus compañeros.

Junto a su quehacer académico, resulta destacable otra labor desplegada por el profesor ESCRIBANO, que suele ser menos conocida, pero que es de enorme

relevancia, consistente en la redacción de numerosos borradores de leyes y decretos autonómicos sobre diversas materias, entre las que sobresalen el deporte, el turismo, la ordenación del comercio minorista o la ordenación del territorio.

Esta obra recopila diversos estudios publicados como capítulos de libros o artículos en distintas revistas. Al margen de ella quedan, pues, sus importantes monografías sobre las vías urbanas, la propiedad privada urbana, el derecho a la salud o el fomento del comercio interior. Entre su amplia producción no puede dejar de destacarse su conocida *Legislación Administrativa*, que contó con veintidós ediciones por parte de la editorial de la Universidad de Sevilla. Una obra artesanal (como al autor le gustaba calificarla) que excedía de la mera recopilación normativa, dada la profusión de notas aclaratorias que contenía, así como una rigurosa puesta al día anual y que, antes de la extensión del uso de las bases de datos, constituyó un compendio legislativo muy celebrado y esperado a principios de cada curso académico por profesores, funcionarios y profesionales del Derecho Administrativo en general.

En cuanto a la obra seleccionada, cabe destacar que en ella luce una característica permanente en la trayectoria del profesor ESCRIBANO COLLADO, la de no ceñirse a unas pocas líneas materiales de investigación. Por el contrario, se ha ocupado, con rigor y conocimiento profundo, de muy diversas materias de la especialidad en estudios siempre rigurosos y llenos de sugerencias para la reflexión y el debate.

El libro que presentamos atiende a dicha peculiaridad, que ha marcado la trayectoria del autor y que hemos querido respetar, por lo que se han seleccionado los trabajos que hemos juzgado más representativos y de más enjundia sobre cada una de las diversas materias que ha abordado a lo largo de su dilatada vida académica. Se ha optado, pues, por un criterio cronológico en la presentación de los trabajos, que, como se podrá comprobar, abarcan desde temas nucleares del Derecho Administrativo, tales como la delimitación de su propio concepto y sus principios, la organización institucional y administrativa, el procedimiento administrativo o el servicio público; así como otras temáticas sectoriales relativas al orden económico constitucional, a la ordenación del territorio y del medio ambiente, o el paisaje, entre otras. Conviene aclarar que en cada uno de los casos se ha mantenido la sistematización original en apartados y capítulos de cada trabajo singular, así como las reglas gramaticales y de ortografía del momento en que fueron escritos, en pro de su autenticidad.

No queremos dejar de agradecer el apoyo a esta publicación por parte de la Editorial Universidad de Sevilla, en particular de su directora, la profesora

Araceli López Serena, así como reconocer la impagable ayuda que nos ha prestado su personal técnico en el complicado proceso editorial. Asimismo agradecemos al director del Instituto Universitario de Investigación Manuel Clavero Arévalo, el profesor Emilio Guichot, su decidida colaboración en la edición de esta obra.

Permítasenos cerrar esta presentación con unas breves palabras alusivas a la vertiente personal de PEDRO ESCRIBANO. La «afabilidad, sencillez, bondad y honradez en el carácter y en el comportamiento» son las cualidades que definen un elegante galicismo recogido en nuestro diccionario: la bonhomía. Apelativo que representa a la perfección la imagen que tenemos del profesor ESCRIBANO. Nos atrevemos a afirmar que cualquiera de las muchas personas que lo han tratado en su larga vida universitaria, profesores, gestores y tantas otras, suscribirían esta apreciación. La ecuanimidad y serenidad con la que siempre ha abordado las inevitables incidencias profesionales atestiguan lo dicho. Le deseamos lo mejor en su nueva etapa vital.

Sevilla, julio de 2022
Concepción Barrero Rodríguez
Javier Sola Teysièere

I

EN TORNO A LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD E IGUALDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD Y LAS NORMAS QUE INTRODUCEN LIMITACIONES: 1. La reserva de ley. 2. La interpretación restrictiva. III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. PRINCIPIO DE DERECHO Y PRINCIPIO CONSTITUCIONAL: 1. Naturaleza de la declaración constitucional. 2. Relación entre el principio y la norma escrita. 3. Relación entre el principio y la actividad de la Administración: *a)* La actividad reglada. *b)* La actividad discrecional.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de la aplicación formal del derecho nos acerca inmediatamente a las formas jurídicas, ya se traten estas de conceptos o de técnicas aplicativas, y al problema de su utilización. En cuanto a las formas jurídicas, estas pueden tener en el derecho positivo una doble función: bien constituir un instrumento adecuado para la obtención de un determinado tipo de justicia concreta o bien representar una categoría o bien jurídico, cuyo cumplimiento satisface por sí mismo la utilidad o el interés para el que han sido creadas. Ni que decir tiene que una y otra concepción conducen a un empleo distinto de las formas jurídicas. En cuanto al problema de su utilización, este adquiere relevancia propia cuando el órgano que aplica el derecho presenta una especial tendencia a utilizar las formas jurídicas como un fin en sí mismas.

A nuestro modo de ver, la medida que da en todo momento el índice adecuado y preciso de corrección de la aplicación formal del derecho la constituyen

* Publicado en revista *Documentación Administrativa*, núm. 162 (1974).

los principios generales. Digamos que los principios jurídicos representan la esencia amorfa del derecho positivo, y en este sentido, corrigen su aplicación escogiendo la solución debida al supuesto controvertido, rectificando sus contradicciones internas, así como dotándole de una profundidad de raciocinio que el mero cumplimiento de la letra no satisface. Si a esto le unimos las especiales características de un ordenamiento jurídico, como el derecho administrativo, montado sobre la idea de los poderes exorbitantes de la Administración pública, que se justifican por un principio tan frágil y cambiante como es el interés público, es preciso concluir que se requiere un sistema de aplicación del derecho mucho más estable, profundo e ideal –en relación con la idea del deber ser jurídico– que las meras técnicas formales de aplicación.

Para el derecho administrativo, el empleo de los principios jurídicos o principios generales ha de hacerse no solo en favor de los particulares, sino incluso en favor de la propia Administración pública, en cuanto sirven para fundamentar y dar sentido a su actividad jurídica. Ahora bien, su funcionamiento es distinto según se hagan valer en beneficio de uno o de otro. Así, para el administrado, el principio general posee un evidente fin de defensa y de protección de sus situaciones jurídicas frente a una actuación ilícita de la Administración. Así, aparecen los principios generales que se derivan de la propia dignidad y naturaleza del hombre, y que podemos concretar, en dos, el principio de libertad y el de igualdad. Para la Administración, el principio general persigue inmediatamente un objetivo de juridicidad, lo cual redundará, indefectiblemente, en beneficio de los propios administrados. Son, entre otros, aquellos que pueden agruparse bajo la propia idea de derecho (principio de orden público, de justicia material, etc.). En fin, para el derecho administrativo existe un principio institucionalizado que opera en favor de la Administración, en cuanto titular del interés comunitario, cual es el principio de interés público, que tiene su propio ámbito de acción.

El principio de libertad en el derecho administrativo presenta, en la actualidad, un tratamiento renovado a nivel de norma jurídica. No obstante, la renovación es parcial en su ámbito, ya que afecta tan solo a algunos sectores en donde las concepciones liberales se han sentido especialmente inadecuadas para solucionar de manera satisfactoria problemas de índole social. Así ha ocurrido con el derecho de propiedad urbana, sensiblemente transformado a partir de las leyes urbanísticas en casi todos los países. Por el contrario, otras formas de propiedad permanecen sometidas a un régimen jurídico totalmente contrapuesto, tal es el caso de la propiedad agraria.

En general, el principio de libertad aparece concebido por nuestro ordenamiento jurídico de muy diversas maneras. Bajo el espíritu de una ideología liberal con correcciones, como sucede en el campo de la economía, o bajo el espíritu de una ideología autoritaria, como es el caso de las libertades políticas, etc. Todo ello hace que, al examinar la evolución que ha experimentado el poder de la Administración en nuestro derecho, los resultados que se obtienen sean relativos, aplicables a una esfera de la actividad de la Administración y no a otras. Satisfactorios para algunas y para otras no.

De todas maneras, las instituciones jurídicas, acuñadas por un ordenamiento, mientras no se demuestre lo contrario, tienen un valor general para el mismo, y no meramente parcial o sectorial. En lógica consecuencia, basta un cambio de política para que sean perfectamente aplicables a sectores de los que estaban excluidas. Por ello pensamos que las consideraciones que se exponen a continuación valen en tanto evidencian el sentido que para el derecho tienen, en un ámbito concreto, derechos individuales que han llevado a formularse como principios generales de todo un ordenamiento, y lo que ello significa o puede significar en caso de generalizarse.

En otro orden de cuestiones, no hemos entrado en el examen del significado del principio de libertad en relación con la actividad de policía de la Administración porque en este campo los términos del problema están y permanecen claros desde hace muchos años. Por un lado, no cabe duda de que la actividad reglada de la Administración viene garantizando más satisfactoriamente el derecho de los particulares que la actividad discrecional. Ello se debe, en gran parte, a que la Administración mantiene frecuentemente un concepto de discrecionalidad muy discutible. El problema se centra siempre en determinar si la Administración está obligada a encontrar una fórmula de conciliación entre el interés público y el privado o, por el contrario, puede desconocer este último cuando contradiga de alguna manera a aquel. Sin duda, esta última solución presenta serios atractivos en cuanto se prescinde de una medida de buena administración tan estricta como es la proporcionalidad.

La solución, en cierta manera, se encuentra recogida en nuestro derecho positivo y concretamente en el artículo 6.2 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales de 17 de junio de 1955, que establece expresamente que siendo varios los motivos o fines que justifiquen los actos de intervención en la actividad de los administrados se elegirá el menos restrictivo para la libertad individual. Parece claro, pues, que la Administración no es libre para impedir el ejercicio de un derecho reconocido, aunque el interés público pudiera justificar

una solución de este tipo, sino que debe lograr, o haber intentado al menos, que ambos intereses, público y privado, puedan satisfacerse. En el cumplimiento de esta obligación, la Administración no actúa con facultades discrecionales. En la apreciación discrecional del interés público, cuando así le esté reconocida, estará vinculada por la obligación de hacer compatibles ambos intereses. Lograr demostrar que la Administración pudo adoptar una medida menos lesiva para los derechos de los particulares es destruir un viejo mito de lucha e incompatibilidad entre el interés público y el privado.

Por otro lado, junto a estas fórmulas superadoras de la confrontación de intereses, la esfera de libertad individual de los particulares queda ampliamente reforzada a través de la singularidad de las medidas de policía de la Administración, en cuanto supone la imposibilidad de que el interés público sea apreciado de manera abstracta, de modo que pueda formularse una regla de conducta general. En consecuencia, ni el interés público podrá ser apreciado en abstracto ni la Administración podrá extender una limitación con carácter general a todos los particulares. La actividad de policía, que implica valoración de circunstancias de hecho, precisa de un examen concreto no solo del ejercicio o actividad pretendida por el particular, sino asimismo del interés público en un tiempo y lugar dados. Recordemos, por lo que a nuestro derecho se refiere, los artículos 4 y 6.1 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, en los que la legalidad de una actividad de policía se mide por los motivos que habrán de justificarla. Estos motivos serán lógicamente diferentes para cada particular, como diferente es el supuesto de hecho en que cada uno se encuentra al ejercitar su derecho, sin perjuicio de reconocer una *ratio* general y abstracta, que se identifica con el fin de toda actividad de policía, cual es la protección del interés público.

Por otro lado, el principio de igualdad de todos los administrados frente a la Administración, formulado en las Leyes Fundamentales con un fin de orden social, no ha encontrado ni en la legislación ordinaria, ni en la jurisprudencia, ni mucho menos en la Administración, su verdadero alcance y significado. Con la más fría insensibilidad se han puesto en funcionamiento regímenes jurídicos y prácticas administrativas que atentan contra la igualdad de todos los administrados, de las que resaltamos algunos exponentes. Todo ello lleva a la conclusión de que los principios generales deben cada día más protagonizar el control de la actividad de la Administración como única fórmula de garantizar la estabilidad y permanencia de los valores esenciales para el derecho. En este sentido, los principios generales no deben solo estar

presentes en todo momento en la mente de quien aplica una norma jurídica o realiza una actividad de interés público, sino también deben de ser la base de la que se parta a la hora de aplicar las técnicas de control de la legalidad de la conducta administrativa. Frente a esta idea, en la actualidad no se va más allá de analizar la norma o precepto considerado aplicable al caso o, todo lo más, de examinar el cuerpo o conjunto normativo en que se encuentra inmerso aquel. Es muy sintomático a este respecto que de entre las técnicas que utiliza el Tribunal Supremo para huir de la aplicación literal de un precepto, los principios generales solo sean aplicados en contadas ocasiones, acudiendo en cambio frecuentemente a las exposiciones de motivos, *mens legis*, al «espíritu que domina la legislación», etc. Se echa de menos siempre una cierta visión institucionalista tan positiva para encontrar el sentido de una norma en relación con el supuesto al que va a ser aplicada¹. Pero, en fin, esto es algo que excede de los temas tocados en el presente trabajo.

II. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD Y LAS NORMAS QUE INTRODUCEN LIMITACIONES

Hablar del principio de libertad en el derecho administrativo es algo tan abstracto que corre el peligro, al no concretarlo, de quedar vacío de contenido. Por ello conviene precisar la garantía jurídica que introduce en el derecho administrativo. Sin duda alguna, creemos que se debe derivar del mismo lo siguiente: «la libertad como regla, la restricción como excepción». El principio así entendido garantiza la libertad del individuo como una cualidad de su personalidad jurídica, como una situación normal de esta y no como una situación ideal.

Ahora bien, la libertad como regla se desarrolla, allí donde está consagrada de manera inequívoca, en una serie de principios que, por lo que a nosotros nos afecta, podemos resumir en los siguientes. En primer lugar, en cuanto a las normas jurídicas que introducen limitaciones en la esfera de la libertad personal del individuo se exige de un lado el principio de legalidad, primera manifestación de la libertad ciudadana, en el sentido de un derecho a oponerse a la opresión

1. *Vid.* las consideraciones de MARTÍN-RETORTILLO, S., en su trabajo «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo», *RAP*, núm. 39, pp. 62 y ss.

que no venga en nombre de la ley², y de otro lado, la interpretación restrictiva por el juez de tales normas³. En segundo lugar, en cuanto a la actividad de la Administración ejecutora de tales limitaciones, se exige de un lado que esta sea reglada y singular, excluyéndose la posibilidad de que la Administración pueda por vía general y de manera absoluta imponer cualquier tipo de limitación.

Como puede verse, la libertad como regla admite limitaciones en cuanto parten del reconocimiento de la prioridad de aquella, pero es en el régimen jurídico de estas limitaciones donde es posible examinar la virtualidad del principio tal y como lo hemos enunciado.

1. La reserva legal de las limitaciones a la libertad de los administrados

Para la imposición de limitaciones que restringen el ámbito de la libertad personal de los administrados es imprescindible una norma con rango de ley. En este sentido no solo la Administración no podrá a través de una actuación administrativa imponer algún tipo de limitación, sino que tampoco está legitimada para hacerlo a través de una actuación normativa propia. De aquí que para la creación de estas sea necesario un acuerdo del Poder Legislativo.

Es ocioso recordar que la regulación del derecho de libertad del individuo ha sido competencia exclusiva de los parlamentos desde la proclamación de principios de la Revolución francesa⁴. Por su carácter esencial en el nuevo estado nacido a partir de ella, todos los textos constitucionales y el derecho positivo en general han recogido y formulado expresamente el derecho de libertad del ciudadano. Debido a ello, la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha remitido en su valor creativo sobre la necesidad de someter todo tipo de limitación a un acto reflexivo del legislador. Muestra de esta situación la ofrece el propio derecho francés, en el que, como señala Jeanneau, la iniciativa del juez en esta materia se encuentra reducida, representando los

2. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos», *RAP*, núm. 38, p. 162.

3. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El método en el Derecho administrativo», *RAP*, núm. 22, p. 53.

4. GARRIDO FALLA, F.: *Las transformaciones del régimen administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1962, p. 20.

principios generales nada más que un papel secundario⁵. Por lo que a nuestro derecho se refiere, la existencia de una reserva de ley en favor de estas materias está consagrada en las Leyes Fundamentales y en la legislación ordinaria de manera inequívoca⁶. Ni en la creación y regulación de penas y sanciones, de los tributos o de las prestaciones personales, podrá la Administración ejercer un poder o competencia propios. Sobre este punto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de aplicar con todo rigor las consecuencias del principio. Así, para la imposición de sanciones la Administración está vinculada por el principio de legalidad con la misma rigurosidad con que se hace valer en el régimen penal. En general, el Tribunal Supremo exige la existencia de un hecho sancionable porque así lo disponga una ley y tenga a la vez señalada por esta la pena⁷. Otro tanto ocurre con la materia fiscal y con la imposición de prestaciones personales.

No obstante, esta aplicación pacífica del principio de legalidad que rige en las restricciones a la libertad se ha visto alterada en este caso no por culpa de una jurisprudencia defectuosa o criticable, sino por obra y gracia de la propia Administración pública, que ha logrado transformar a su favor este principio de forma por todos conocida⁸. Consagrada la transformación de manera del todo semejante al principio, la jurisprudencia ha llevado a cabo una aplicación exacta de ella. Baste decir, para comprobar en su justo alcance la modificación cualitativa del principio, que lo que antes se formulaba como competencia de un órgano, el legislativo, hoy se define como competencia de un determinado tipo

5. JEANNEAU, B.: *Les principes généraux du Droit dans la Jurisprudence administrative*, París, 1954, p. 20.

6. *Vid.* MARTÍN-RETORTILLO, L.: «La doctrina de las materias reservadas a la Ley y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RAP*, núm. 39, pp. 287 y ss. Asimismo, GALLEGO ANABITARTE, A.: «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración», *RAP*, núm. 34, pp. 11 y ss.

7. Sentencia de 26 de octubre de 1964 (R. 4817). Sobre la doctrina de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa en relación con la potestad sancionadora de la Administración y el principio de legalidad a que está sometida, puede verse la Sentencia de 20 de diciembre de 1967 (R. 5021), que efectúa un amplio resumen de la misma, con un buen número de sentencias citadas en los considerandos. En esta línea pueden verse también las siguientes: Sentencia de 16 de enero de 1968 (R. 575), Sentencia de 10 de octubre de 1969 (R. 4312), Sentencia de 14 noviembre de 1969 (R. 5017), Sentencia de 28 de enero de 1972 (R. 226) y Sentencia de 10 de febrero de 1972 (R. 554).

8. Nos referimos al ejercicio constitucional por el Gobierno de la función de legislar.

de norma, la ley⁹. En todas las manifestaciones de este ejercicio ha encontrado la doctrina quiebras y atentados contra el principio de libertad de la persona¹⁰. Lástima que sobre ello la jurisprudencia no se haya manifestado de manera polémica, ya que aunque en algunas ocasiones se haya hecho uso de técnicas concretas para mantener en sus justos límites la actividad legisferante de la Administración¹¹, en la mayoría de los casos la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no se ha visto presidida por la preocupación de la disminución de garantías que esta actividad implica para los particulares.

No obstante ser estos supuestos lo más evidentes, conviene no olvidar otro caso digno de tenerse en cuenta. Nos referimos concretamente a los supuestos de remisión normativa, en virtud de la cual la Administración, por vía reglamentaria, puede pronunciarse sobre la libertad de las personas. Ejemplos de ello los hay con abundancia. Quizá merezca, por su amplitud e interés, referirse al ejemplo concreto que ofrece el urbanismo, donde la Administración aparece investida por la ley de amplios poderes para definir normativamente el contenido del derecho de propiedad privada. Hacer un estudio sobre ello es algo que excede de nuestro trabajo. Basta con citar ahora un exponente jurisprudencial de los muchos que hay. Nos referimos a la Sentencia de 2 de junio de 1970 (R. 3034) y concretamente a su considerando segundo, que comienza así:

Que si bien debe proclamarse la existencia a favor de la Administración de una legal habilitación para actuar el interés público en el campo del urbanismo, de suerte que mediante la intervención de la actividad de los administrados en el ejercicio de su derecho privado de propiedad sobre el suelo urbano resulte

9. GONZÁLEZ PÉREZ señalaba, no hace mucho tiempo: «De aquí el tremendo peligro que supone para la libertad el abuso de esta actividad legislativa por aquellos que en un momento determinado detentan los más altos puestos del ejecutivo de un país, pues pueden por sí, sin pasar por el tamiz previo del procedimiento parlamentario, imponer al pueblo unas cargas, limitaciones y obligaciones que de otra forma no hubieran podido obtener la sanción legislativa», *Administración pública y libertad*. México, 1971, p. 41.

10. *Vid.*, entre otros, CLAVERO ARÉVALO, M.F.: «Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo», *RAP*, núm. 10, pp. 25 y ss. CÉSAR QUINTERO, A.: *Los decretos con valor de ley*, Madrid, 1958. SALAS, J.: «Los decretos-leyes en el Ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia», *RAP*, núm. 51, pp. 41 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El administrado», *Problemas Políticos de la Vida Local*, tomo VI, pp. 31 y ss., y *Administración pública y libertad...*, cit., pp. 40-44.

11. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970.

adecuada la utilización de éste a las exigencias de aquél, según las previsiones articuladas al efecto en el correspondiente planeamiento administrativo jurídico y válidamente llevado a cabo.

Lo curioso del caso, y a ello le damos especial énfasis, es que se trata de una actividad administrativa de intervención en la esfera de libertad de los particulares legitimada por el planeamiento, principio este rector del derecho urbanístico. En cuanto tal actividad interventora hace quebrar el principio sagrado de la reserva parlamentaria, y más tarde legal, de las restricciones a la libertad individual. Pero eso no será todo, como veremos a continuación; un punto poco claro, en principio, es la necesaria interpretación restrictiva de las normas urbanísticas, todas ellas legales y reglamentarias, preñadas de limitaciones a la propiedad privada.

2. La interpretación restrictiva de las normas que introducen limitaciones en la esfera de libertad de los particulares

Es un principio general que domina la labor de interpretación de las normas jurídicas el que establece que deberán interpretarse restrictivamente aquellas que introducen en la esfera del individuo cualquier clase de limitaciones. En este sentido, ya se trate de normas prohibitivas¹², de normas de carácter sancionador¹³ o de normas de excepción¹⁴, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido la improcedencia de interpretarlas extensiva, analógica e inductivamente.

Ahora bien, esta regla general, que ha sido observada con todo rigor, ha comenzado a presentar las primeras excepciones. El ámbito propicio donde ha nacido la excepción ha sido, sin duda alguna, el de las regulaciones positivas a la libertad del individuo, afectando ya a la esfera de su patrimonio ya a la de su iniciativa.

No significa nada nuevo recordar que, paso a paso, la esfera de libertad del individuo está siendo objeto de ordenación por el derecho. Si bien no se trata en la mayoría de los casos de prefijarle un contenido, lo cual haría quebrar la misma idea de libertad, sí se determina el fin a que está destinada. La coincidencia de este fin con el interés público implica sobre todo un cambio profundo en

12. Sentencias de 10 de febrero de 1930 (R. 2513) y 25 de febrero de 1971 (R. 1123).

13. Sentencias de 25 de noviembre de 1939 (R. 228) y 10 de febrero de 1972 (R. 554).

14. Sentencias de 1 de diciembre de 1950 (R. 1668) y 9 de noviembre de 1967 (R. 4623).

las relaciones entre este y la libertad. Por lo que a nosotros interesa ahora, la incorporación del interés público al derecho individual exige un nuevo planteamiento de este, en donde su titular no solo no viole aquel interés, sino que lo haga efectivo con el ejercicio de su derecho.

Una transformación en el derecho de libertad de acentuado carácter comunitario o público supone necesariamente un régimen distinto de interpretación. En efecto, mientras que las normas de policía protegen *negativamente* al interés público prohibiendo, limitando o adecuando el ejercicio de un derecho, las normas que crean funciones o fines lo incorporan al derecho mismo. En el primer supuesto, el interés público es algo *externo* al derecho individual, cuya garantía consiste precisamente en que el ejercicio de este no le afecte. De aquí, la plena efectividad del derecho individual como regla y la limitación *latu sensu* como excepción. Toda esta doctrina liberal desaparece cuando el interés público penetra de alguna manera en la esfera de libertad del individuo. ¿Puede interpretarse restrictivamente la función o el fin perseguido por el derecho mismo? Hay que tener en cuenta que tanto la función como el fin asignados modela el derecho o, lo que es lo mismo, el conjunto de posibilidades jurídicas de actuar legítimamente a través de él. Tales posibilidades no presentan un derecho deformado o excepcionado, sino simplemente un derecho que responde a nuevos principios en los que ha pasado a un segundo término el de libertad entendido en su forma más absoluta, es decir, como poder abstracto.

Aun cuando sobre este punto la jurisprudencia no ha sentado aún doctrina, sí existen indicios de que el Tribunal Supremo conoce el problema. Como ejemplo de estos indicios, la Sentencia de 5 de febrero de 1970 (R. 443) aporta doctrina muy interesante en relación con el problema de autos, en el que se debía de decidir acerca de la desproporción de un inmueble por su uniforme altura deficitaria con la altura realmente autorizada en la zona de emplazamiento y su correspondiente inclusión en el Registro Municipal de Solares. A fin de determinar el mínimo de plantas exigibles, el Tribunal Supremo acude a las exigidas a la casa de mayor categoría de la manzana, en base a la siguiente doctrina: «pues no es lógico interpretar restrictivamente preceptos de finalidad urbanística que van claramente dirigidos a procurar el mejor y más rápido desarrollo de las poblaciones».

En este supuesto la edificación por debajo del mínimo fijado por las ordenanzas de construcción viola claramente la función asignada a la propiedad urbana por la Ley del Suelo y los Planes de Ordenación. De acuerdo con ellos, el ejercicio del derecho de edificar está presidido por el principio de máximo o total

aprovechamiento de acuerdo con lo que al respecto señalan las ordenanzas. Este principio ha sido reconocido por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en varias sentencias. Así la de 15 de febrero de 1962 (R. 1364) sostiene que:

(...) es contrario al espíritu que informa la ordenación de solares y la más reciente Ley del Suelo, cuanto represente restringir el ritmo de aplicación de aquellas normas que, respondiendo a una política de ordenación urbana, fundada en la función social de la propiedad, intenta resolver situaciones de emergencia fomentando la edificación en relación directa con el ornato público y el conflicto de escasez de viviendas, conclusiones todas cuya realización urgente se frustraría si, por excesivo respeto al interés privado, fuere sacrificado el mismo interés público y general (...) ¹⁵.

En la actualidad, frente a la idea un tanto manida de que el hombre va paulatinamente viendo reducirse su esfera de libertad personal, el ordenamiento jurídico nos señala que el principio de libertad va poco a poco dejando de informar y presidir la formulación y organización de los derechos individuales. No es solo el interés público un factor condicionante de los derechos individuales, sino la base en la que toman su fundamento algunos de los principios que los presiden: igualdad material, seguridad jurídica, justicia distributiva, etc. No cabe duda de que, a resultas de esta crisis de la libertad como principio de principios, la Administración puede aparecer como un elemento perturbador de los derechos de la persona. De aquí el tremendo compromiso que la Administración ha adquirido al depender de ella la efectividad no ya del derecho individual o del interés público, sino la de ambos a la vez, misión esta perfectamente alcanzable a través de la totalidad del ordenamiento jurídico. Es condenable, sin embargo, dar como superados, aun en casos concretos, los requisitos formales de la actividad administrativa: principio de legalidad y de norma habilitante. Sobre ello, algunas sentencias del Tribunal Supremo se han manifestado quizá ligeramente, considerando ajustada a derecho una actividad de policía de la Administración basada exclusivamente en un fin de interés público, el del caso concreto, sin haber tenido previamente regulado a través del correspondiente reglamento de policía las normas que disciplinarían su conducta ¹⁶.

15. *Vid.* también la Sentencia de 15 de diciembre de 1970 (R. 5500).

16. Sentencia de 25 de septiembre de 1969 (R. 4101). Asimismo, las de 11 de febrero de 1970 (R. 832) y 7 de junio de 1972 (R. 3123).

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. PRINCIPIO DE DERECHO Y PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

La igualdad en el ámbito del derecho administrativo requiere una cierta explicación. Dada la posibilidad de distinguir entre sujetos dotados de una distinta capacidad y legitimación, es necesario situar previamente entre quiénes ha de regir el principio de igualdad, o, lo que es lo mismo, quiénes han de ser equiparados y frente a qué o cuáles sujetos. La igualdad podría plantearse en primer lugar como una combinación posible entre la Administración y los administrados. Lo fundamental en esta situación no sería la existencia de un fuero común a ambos, sino la titularidad de una misma esfera de poder jurídico, es decir, una misma o equiparable capacidad de obrar. Es indudable que a ello se opone un principio teleológico según el cual el interés general reclama para sí una organización y concentración de poder que está muy lejos de necesitar el interés privado. El estudio, definición y satisfacción de aquel interés, es lo que justifica de origen una desigualdad que arranca no de una excepción¹⁷, sino de una valoración distinta de la realidad, es decir, del interés del individuo y del interés de la colectividad o del grupo social.

Puede, en una segunda combinación, tratarse de una igualdad entre administrados. Este tipo de igualdad solo es concebible dentro de un orden social justo y, como tal, preformado para la Administración. Frente a esta situación ideal, el derecho administrativo parte de una idea totalmente contraria, la de una administración intervencionista en el orden social en orden a su transformación de acuerdo con un principio de justicia distributiva y material¹⁸. Como señala Forsthoff, en este caso el presupuesto de la acción estatal es que la situación social tiene que ser mejorada, que no puede ser considerada fundamentalmente justa¹⁹. La ingente tarea de distribuir la riqueza, de construir un patrimonio común de bienes y servicios en favor de la colectividad, de desarrollar íntegramente al individuo, son objetivos y fines del Estado moderno a los cuales sirve una Administración conformadora que lógicamente afectará de diferente

17. Excepción en cuanto situación excepcional y en cuanto quiebra excepcional o anormal de un ordenamiento. Cfr. CLAVERO ARÉVALO, M.F.: «Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como ordenamiento común y normal», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre de 1952, pp. 3 y ss.

18. Concepción esta asimismo ideal que actúa como justificante y fundamento del poder.

19. FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 109.

manera a los administrados, de acuerdo con la situación en que se encuentren en el orden social.

Por último, nos queda por ver otro posible sentido de la igualdad, la de todos los administrados frente a la Administración. No cabe duda de que se trata de un principio capital para el derecho administrativo²⁰. Ahora bien, como todo principio jurídico, su significado y alcance vendrán determinados en función del fin que se espera conseguir. No son equiparables la igualdad de la Revolución francesa y la igualdad que rige en la Administración intervencionista. Ambas se proponen metas distintas. En base a esta distinción de fines, se ha podido afirmar que los principios liberales fueron en su momento insuficientes para consagrar una situación de igualdad o de libertad. Sus limitaciones vinieron dadas por el ideario que los inspiró de origen burgués.

Conviene por ello examinar, aunque sea brevemente, cuál es la situación que presenta nuestro derecho.

La consagración constitucional del principio de igualdad aparece en el artículo 3 del Fuero de los Españoles y en el artículo 5 de los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional. La fórmula que se emplea en ambos es la misma: «La Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles». La amplitud con que se formulan este y los demás derechos fundamentales²¹, exige acudir, para conocer su ámbito, a la legislación que lo desarrolla y, además, a la jurisprudencia que lo aplica para saber exactamente su efectividad práctica.

No ofrece la menor duda que el principio de igualdad domina *de iure* toda la legislación y toda la actividad de la Administración pública. He aquí la evidencia de un mandato constitucional que debe ser tenido en cuenta por toda norma y autoridad. Ahora bien, la igualdad, como señalábamos antes, es un concepto abstracto que debe, so pena de inoperancia, de ser concretado en base

20. El mismo FORSTHOFF, al enfrentarse con el problema de dar una forma jurídica adecuada a las relaciones del individuo con la Administración, concluye que, en tanto falten medios más eficaces, ofrece cierta ayuda el principio de igualdad, el cual, como proposición jurídica vinculante, es hoy más necesario que nunca. *Tratado de Derecho administrativo...*, cit., p. 117.

21. En Francia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama, en su punto primero, la igualdad de la forma siguiente: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derecho. Las distinciones sociales no pueden estar basadas más que en la utilidad común». Principio este que aparece en el artículo 2 de la Constitución francesa de 1958. En Italia, el artículo 3 de la Constitución de 1947 establece que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y condiciones personales y sociales.

a una idea superior de orden social, de justicia social. Esta tarea de definición incumbe asimismo al derecho constitucional de un país y, por tanto, se impone a la legislación y a la actividad de la Administración de igual forma. De manera sintética, la Ley Orgánica del Estado señala en su artículo 3 como fin primordial del Estado: «la promoción de un orden social justo en el que todo interés particular quede subordinado al bien común». Queda a nivel constitucional perfectamente relacionada la igualdad con la justicia social, entendiendo aquella como un principio jurídico de acentuado carácter material.

A partir de aquí, sabemos que la igualdad como principio jurídico debe estar en función de un fin superior y ordenador cual es la obtención de un orden social justo, más ni uno ni otro tendrán sentido, sino a partir de la concepción que el propio Estado tenga acerca de la justicia del orden social. Como señala Forsthoff, no cabe pensar en una actividad estatal dirigida al mejoramiento de una situación social sin la existencia anterior de una idea concreta de lo que es el orden social adecuado y justo²².

Sin entrar a analizar este problema, que excede del trabajo, hemos de examinar, como dijimos anteriormente, la jurisprudencia que aplica el principio de igualdad a fin de obtener una idea lo más clara posible de su cometido en el campo del derecho. En este examen conviene distinguir tres aspectos:

1. Naturaleza de la declaración constitucional

Escasas han sido las ocasiones en las que el Tribunal Supremo se ha enfrentado con la necesidad de analizar la naturaleza de la declaración constitucional. Cuando lo ha hecho, se ha inclinado en favor de calificarla como una norma programática y orientadora que requiere ser concretada en principios específicos para que adquiera operatividad. En cuanto tal, va destinada especialmente a los que administran a fin de que obtengan de ella un espíritu aleccionador de su conducta. Este es el tono que ofrecen dos sentencias muy recientes de 10 de noviembre de 1970 y 15 de abril de 1971 (R. 4720 y 2214, respectivamente). Para esta última, tal norma encuentra su raíz más en el campo ético-jurídico que en el jurídico positivo, de donde parece desprenderse su escasa virtualidad en el campo jurisdiccional, a menos de que se trate de un supuesto excepcionalmente discriminatorio de personas. Queda, por

22. *Tratado de Derecho administrativo*, cit., p. 109.

tanto, como un principio moral o ético que ha de tener presente el administrador, a través del cual debe realizar buena administración.

Como puede verse, no es precisamente una doctrina satisfactoria la contenida en estas dos sentencias. En ellas el Tribunal Supremo desplaza el principio de igualdad del campo del derecho para reducirlo a una norma moral del funcionario. Frente a esta inoperante y estéril subjetivización del principio, nos parece mucho más acorde con la norma constitucional referirlo a la conducta de la Administración, al resultado que produce en la esfera de los administrados, como principio informador y básico. En consecuencia, la infracción de este principio es, y no puede ser otra cosa, una violación del ordenamiento jurídico y, por tanto, un vicio que afecta al contenido del acto administrativo²³.

2. Relación entre el principio y la norma escrita

La relación que guarda el principio de igualdad con la regla de derecho es doble. De todos es conocida la función que todo principio tiene de informar el derecho escrito. La importancia y trascendencia de esta función se mide por la imposibilidad de que, a través de normas específicas, pueda dejarse sin efecto en determinadas materias la validez del principio. En este ámbito existe una inderogabilidad singular mucho más rígida que la que es conocida a nivel de los actos administrativos.

Asimismo, es también conocida la función de interpretar y aplicar las normas jurídicas, garantizando la efectividad de su mandato hasta el mismo momento en que queda satisfecho el bien jurídico protegido.

Si bien se trata de dos cometidos admitidos unánimemente, su vigencia efectiva no lo es de la misma forma. Veamos ahora cómo se desarrolla en nuestro ordenamiento la relación entre principio y norma.

La misión de informar que se le ha reconocido a los principios generales solo queda satisfactoriamente cumplida a partir de que primero el conjunto de normas jurídicas desarrollen, partan o se manifiesten de acuerdo con el principio jurídico, y segundo, caso de que así no fuese se pueda accionar contra tales

23. ENTRENA CUESTA afirmaba lo mismo hace algunos años con la finalidad de distinguirlo del vicio de desviación de poder. «El principio de igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo». *RAP*, núm. 37, p. 68. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de 21 de abril de 1869 (R. 2159).

normas para que no solo los preceptos que contravienen el principio queden sin efecto, sino para que, en su caso, sean sustituidos por otros acordes con el mismo. Sin entrar de lleno sobre este punto, que es general para todos los principios generales y no solo al de igualdad, conviene contrastar la doctrina un tanto equívoca que el Tribunal Supremo^{23 bis} ha mantenido de este principio, que no es sustancialmente diferente de la que mantiene de los demás. El tan manejado carácter programático manifiesta más que otra cosa un verdadero escepticismo acerca de los principios generales como fuente de derecho. Pues un programa apunta más a un proyecto, plan, idea, sueño o aspiración, que a un objetivo que como tal sirve de fundamento, de causa o razón de ser.

A nivel de doctrina general, es preciso dejar bien claro la función que el principio de igualdad posee en nuestro derecho. Ello es misión de la jurisprudencia, aunque no solo de ella en el campo práctico o forense. Mas en la actualidad el Tribunal Supremo no se ha manifestado sobre el asunto.

En nuestra opinión, el principio de igualdad posee un ámbito de operatividad y de actuación propio en base al cual la norma escrita no puede derogarlo, de tal manera que si ello ocurriera el precepto en cuestión estaría viciado de nulidad. Esta, y no otra, ha de ser la auténtica eficacia de un principio general, avalado en nuestro caso por un texto constitucional que, en el campo del derecho escrito, es hoy más operativo y eficaz que cualquier principio no escrito por muy fundamental que este sea.

En principio, la igualdad como principio jurídico posee un acentuado carácter teleológico. En cuanto tal, constituye una norma ordenadora de conductas que se dirige a la obtención de un fin superior. Como hemos señalado anteriormente, la igualdad no es un fin en sí mismo. Formulada y aplicada en sí y para sí carece de razón de ser. Por el contrario, su función mediadora es evidente. Es ese fin superior el que determina su ámbito de operatividad manifestado en un orden social justo. Hemos de recordar de nuevo a Forsthoff, para quien el derecho público ha de sufrir profundas transformaciones a raíz de las funciones sustantivas que tiene encomendadas el Estado²⁴.

23bis. La vigencia de los Principios Generales del Derecho en el ámbito de la casación está formulada por el Tribunal Supremo de manera inversa. Así, exige que se demuestre que está acogido dentro del ordenamiento, citando los preceptos legales que lo desarrollan o las sentencias, dos o más, del Tribunal Supremo que lo reconocen. *Vid.* Sentencia de 7 de febrero de 1972 (R. 474).

24. *Tratado de Derecho administrativo*, cit., p. 231.

Es, por tanto, en función de ese orden social justo, al que se comienza a llegar a partir de un orden jurídico justo, como habrá de formularse y definirse la igualdad. De aquí que sea perfectamente válida la norma que impone una desigualdad o que parta de ella, no ya porque realmente exista, sino porque se haga dentro del ámbito anteriormente descrito²⁵.

Creo que dos ejemplos pueden ilustrar lo hasta ahora dicho. El artículo 46 de la Ley reguladora del Servicio Militar, de 27 de julio de 1968, establece el sistema de sorteo para determinar, si lo hubiere, el cupo de excedentes de contingente, es decir, aquellos que obtienen una reducción del tiempo de servicio militar ordinario e incluso una exención total si así fuere acordada. Este sistema afecta directamente al principio de igualdad en cuanto introduce un elemento arbitrario, el azar, para determinar los excedentes. De sobra es conocido que los mozos que acuden a los reemplazos se encuentran en situaciones personales y familiares distintas, algunos de ellos de absoluta necesidad, que, si bien no justifican por sí mismas la exención del servicio militar, sí podrían servir como elemento de juicio para determinar, si lo hubiera, el cupo de excedentes. Se trataría de un sistema que partiría de la desigual situación en que se encuentran los mozos frente al servicio militar, por lo que reconocerla es tratar a cada uno en un plano de igualdad²⁶.

Por otro lado, la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, en su artículo 3 establece que la ordenación de los tributos ha de basarse en la capacidad económica de los individuos a fin de recaudar los ingresos públicos necesarios. Tal declaración parte de la capacidad económica como elemento igualador de las personas ante el impuesto. Pero el mismo artículo 3 establece que se basará la imposición en la equitativa distribución de la carga tributaria para atender a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional (art. 4). Como puede verse, en este segundo objetivo de la ordenación tributaria el mero trato igualitario es insuficiente. Y lo es por la razón de que el Estado se encuentra ante una distribución de rentas

25. B. JEANBAU afirma además que la Administración podrá prescindir del principio de igualdad para salvaguardar el interés general. *Les principes généraux du Droit...*, cit., p. 36. De la misma manera, ORTIZ DÍAZ, J.: «El precedente administrativo», *RAP*, núm. 24, pp. 99-100. La complejidad de este problema la veremos más adelante.

26. No obstante, el artículo 534 del Reglamento de 6 de noviembre de 1969 establece una serie de prioridades que el Gobierno habrá de tener en cuenta para declarar «exentos de todo servicio a los excedentes de contingente».

que pretende transformar en tanto es causa de una desigualdad económica, la cual, a su vez, produce un orden social injusto.

En definitiva, el principio de igualdad informa el derecho positivo dentro de un ámbito específico y concreto, que hemos precisado en la obtención de un orden social justo. Este carácter teleológico ha sido plenamente admitido por la jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana, según recoge A.S. Agró²⁷. Como un cierto sector doctrinal, la Corte Costituzionale sostiene que el principio de igualdad representa un fin de la actividad legislativa, es decir, «riguarda la funzione classificatoria del legislatore che non può esercitarsi se non in presenza di una causa giustificatrice»²⁸. Mas a diferencia de este sector doctrinal, la jurisprudencia mantiene que la igualdad no representa un fin en sí y para sí, sino un límite que impone la persecución de otra finalidad constitucional para hacer razonable las diferencias que el artículo 3 de la Constitución italiana declara en sí mismas prohibidas²⁹.

A nivel de doctrina general, queda claramente plasmada la función del principio de igualdad en relación con el derecho positivo en el sentido de que la razón de ser de una norma que parte o establece una desigualdad se basa para la Corte Costituzionale en la correspondencia del fin objetivo de la ley con un interés previsto por la Constitución. La presunción de legitimidad cesa cuando emergen de los elementos extrínsecos de la norma síntomas de desviación del fin que objetivamente la ley parece perseguir. En este supuesto, señala Agró, la fiscalización de la norma se lleva a cabo en base a una desviación de poder, ya que se trata de valorar si una norma que persigue objetivamente un fin constitucional distinto a la igualdad es ilegítima porque su fin real es el de favorecer o desmerecer a cierta categoría de sujetos antes que de tutelar el interés constitucional al que parece ir dirigido. Si se comprueba tal desviación, la norma será declarada anticonstitucional y, por lo tanto, dejará de tener validez³⁰.

27. «Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio costituzionale di eguaglianza», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1967, pp. 900 y ss.

28. «Contributo ad uno studio...», cit., p. 901.

29. «Contributo ad uno studio...», cit., p. 927.

30. «Contributo ad uno studio...», cit., pp. 924-925.

3. Relación entre el principio y la actividad de la Administración

La función del principio de igualdad en relación con la actividad de la Administración presenta una serie de notas propias, así como una aplicación distinta, más tecnificada claro está, que la que hemos visto anteriormente para las normas jurídicas.

A nuestro modo de ver, es preciso distinguir entre la actividad reglada y discrecional de la Administración, puesto que técnicamente el principio de igualdad se manifiesta en ellas de manera diferente.

a) *La actividad reglada* de la Administración, como es sabido, es aquella que encuentra predeterminados por la norma, y regulados por ella misma, los elementos esenciales que la componen. En este sentido, la Administración encuentra predeterminada su conducta, y su legalidad dependerá del cumplimiento de la norma.

Esta aparente autosuficiencia de la norma para hacer jurídica la actividad de la Administración no está reñida, ni mucho menos, con la efectividad técnica del principio de igualdad. Sería ingenuo afirmar que en la conducta reglada de la Administración basta la norma jurídica para mantener dentro de la legalidad del ordenamiento jurídico sus actuaciones públicas. Al contrario, es evidente que en diversas materias la jurisprudencia debe de usar de los principios para controlar a la Administración. ¿Por qué? Entre diversas razones, debido a un problema técnico, ya que actualmente la técnica jurídica puede desmontar y volver a montar, con un significado distinto, cualquier régimen jurídico. Paradójicamente, el derecho escrito es manejable según el viento que le sople. Pero, asimismo, debido a que el derecho positivo es insuficiente e imperfecto. Esto es de suyo evidente a menos que se siga creyendo en la filosofía estilista del derecho.

Es interesante observar cómo una reiterada no utilización de los principios jurídicos puede llevar, en ocasiones, a situaciones de quebranto institucional, aun en el caso de aquellas en relación con las cuales la Administración tiene su conducta reglada. Lo más importante es que, en estos supuestos, quiebran normas positivas que tienen un fundamento institucional, como es el caso de su inderogabilidad singular.

En la actualidad, no es difícil observar situaciones en las que la Administración se aparta de la norma que regula su conducta, y que perviven en base a técnicas jurídicas de dudosa validez, a situaciones de inercia, etc. En todas ellas existe un denominador común: la quiebra de un principio en función del cual la norma existe. Esta refinada violación es mucho más grave que la que implica cualquier

infracción de la ley, ya que se atenta a valores esenciales y permanentes del derecho que repercuten en un ámbito mucho más amplio que el de una relación jurídica.

De manera más específica, se viola el principio de igualdad, cuando la Administración, aun teniendo su conducta reglada por una ley, crea, mantiene o protege privilegios o situaciones basados en un trato desigual o discriminatorio de personas. Ello no es solo posible, sino que su existencia es incontestable. En estos supuestos, la Administración encuentra reglada su conducta de manera general y específica. De manera general, en cuanto que técnicamente la inderogabilidad singular de las leyes y reglamentos es para la Administración una exigencia del principio de legalidad a que está sometida³¹. De manera específica, porque, a menos que la norma aplicable consagre la desigualdad o el trato discriminatorio, la regulación concreta de la actividad de la Administración se opondrá a una conducta de este tipo.

Mas, a pesar de todo, la Administración concede privilegios no previstos por la norma y basados en discriminación de personas. Esto parece señalarnos que es preciso acudir a la razón última de los principios institucionales violados, cuando estos mismos aparecen impotentes para restablecer el orden jurídico. En este momento es cuando aparece el principio de igualdad³², ya que el bien jurídico tutelado por aquellos y este es precisamente la igualdad de todos los administrados frente a la Administración y, por tanto, el carácter arbitrario y odioso de todo trato de favor o desmerecedor que no se base en un mandato de la norma³³.

Una de las instituciones administrativas más olvidadas por este principio es, sin duda, el dominio público, y dentro de este, la regulación de las utilidades comunes de los bienes destinados a un uso público. Nuestro ordenamiento ha sido tradicionalmente parco en la regulación del patrimonio público destinado a un aprovechamiento directo de los administrados. Aún hoy, a pesar de las aportaciones doctrinales de la legislación y de la jurisprudencia, nuestro ordenamiento dista mucho de tener satisfactoriamente regulado el régimen jurídico de los bienes de dominio público, sobre todo su régimen de aprovechamiento.

31. Artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Legislación delegada...*, cit., pp. 285 y ss.

32. Ha sido P. VIRCA quien ha puesto de manifiesto las implicaciones que el principio de igualdad tiene en la razón de ser de la inderogabilidad singular de los reglamentos. *La polesto di Polizia*, Milán, 1954, p. 109.

33. Se parte de la base de que la norma reconoce y desarrolla el principio de igualdad.

Ello supone la necesidad de acudir a una técnica de relación e integración de preceptos que no siempre se lleva a cabo acertadamente.

En esta tarea, el hecho normal de no acudir a los principios jurídicos ha provocado el nacimiento de prácticas administrativas de dudosa legalidad, agravadas manifiestamente cuando estas se han incorporado, con menor o mayor acierto, a textos normativos vigentes. De estas prácticas, que pueden ser calificadas *contra legem* sin ningún reparo, y en las que se viola olímpicamente el principio de igualdad, merecen destacarse, por ser las más usuales, dos:

1. La percepción de tasas por utilizaciones comunes del dominio público.
2. Las reservas de usos en aprovechamientos comunes.

Antes de examinarlas, conviene analizar hasta qué punto aparece consagrado en la legislación específica el principio de igualdad en la utilización de los bienes destinados a un uso común. La Ley de Patrimonio del Estado no se manifiesta respecto a esta importante materia, limitándose a establecer unos preceptos para regular aprovechamientos no comunes del dominio público del Estado. En la legislación local, frente al silencio de la Ley de Régimen Local, el Reglamento de Bienes contiene preceptos muy importantes. El primero de ellos contiene la propia definición del uso común: «el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente» (art. 59.1), que se ve más tarde completado por la definición de su ejercicio: «El uso común general de los bienes de dominio público se ejercerá libremente», sin que la naturaleza de los mismos, ni los actos de afectación y apertura al uso público, ni la actividad de policía legitimen para introducir discriminaciones de personas en el uso de aquellos bienes.

El reconocimiento de este importante principio no queda reducido al dominio público de las administraciones locales, ni es el resultado de una determinada política legislativa que pueda mañana cambiarse. Por el contrario, la procedencia de su formulación legal para la Administración del Estado y la permanencia de la misma se basan en imperativos que exceden del ámbito del dominio público y que se residencian en los derechos fundamentales del individuo. Prueba de ello ha sido la postura del Consejo de Estado, quien, en un Dictamen de 19 de junio de 1969 (exp. núm. 36308)³⁴, adoptó una importante doctrina, según la cual:

34. El Consejo de Estado examinó, en trámite de recurso de reposición, los expedientes de otorgamiento de cupos de recogida, circulación e industrialización de algas y argazos a diversas compañías. *Vid. Recopilación de Doctrina legal. Año 1968-69*. Madrid, 1972, pp. 198 y ss.

El libre uso del dominio marítimo –y lo mismo podría decirse igualmente para los restantes sectores del dominio público– no representa, pues, una libertad omnímoda e ilimitada de todo particular para usarlo indiscriminadamente, sino que, por el contrario, significa un *principio legal* de acceso de todos los particulares, *en régimen de igualdad*, a la posibilidad de utilizar de forma coordinada entre unos y otros el referido dominio público. La coordinación de este acceso igual es realizada principalmente por la propia Administración mediante el ejercicio de sus facultades de policía y de la potestad concesional (...) ³⁵.

No existe, pues, duda acerca del reconocimiento que la legislación básica en la materia hace del principio de igualdad de todos los administrados en orden a la utilización común de los bienes de uso público. Mas, a pesar de ello, existen las antedichas prácticas administrativas que lo violan claramente.

1. La imposición de tasas a los usuarios comunes de bienes destinados a un uso público es una práctica viciosa y abusiva de la Administración, mediante la cual normalmente persigue o la obtención de unos ingresos seguros sin especial destino posterior o con la finalidad de destinarlos a los gastos de mantenimiento de los bienes, o la obtención de un fin de policía, usualmente la normalidad del uso. Ambos objetivos son desarreglados. El primero de ellos, si se trata tan solo de una práctica reiterada, porque viola claramente las normas que regulan la imposición de tasas. En nuestro caso, la Ley de Régimen Local no habilita a la Administración para imponer tasas más que por la prestación de servicios o por determinados aprovechamientos especiales, pero en ningún caso por utilidades comunes del dominio público. Sin embargo, existen manifestaciones de estos usos comunes que aparecen gravados con una tasa. Tal ocurre con los estacionamientos de vehículos en la vía pública o con la utilización de las playas en determinados meses del año.

Algunos autores, ante estos supuestos tan anómalos, han estimado hallarse ante un uso especial y no común ³⁶, a cuya conclusión parecen haber llegado

35. Se sentaba esta doctrina en base al artículo 12 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928.

36. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Madrid, 1966, p. 470. SANDULLI, A.M.: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1971, p. 469. No obstante, sí existen algunos usos comunes sometidos al pago de una tasa cuando implican necesariamente el aprovechamiento de un servicio público. Tal es el caso de las autopistas sometidas al pago de peaje. *Vid.* GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «En torno a la Ley de Autopistas de Peaje», *RAP*, núm. 68, pp. 340-341. MARTINI, G.: *Dei beni pubblici destinati alie comunizzazioni*, Milán, 1969, pp. 181 y ss.

como consecuencia de la existencia de la tasa misma. Mas, a nuestro modo de ver, la solución es otra muy distinta.

En relación con los estacionamientos de vehículos en las vías públicas, ya vimos en otro lugar³⁷ su carácter de uso común allí donde está autorizado, so pena de reducir la circulación a un increíble tiovivo. Allí distinguíamos cómo la imposición de una tasa por estacionamiento en vía pública solo se justificaba con el fin de regularizar la temporalidad del estacionamiento, medida de policía esta rotundamente ilegal e injusta.

En relación con la utilización de las playas, el carácter discriminatorio de las tasas que se imponen se demuestra solo con observar que estas están previstas solo en determinados periodos del año, precisamente en aquellos en los que la afluencia de usuarios aumenta. El motivo o el pretexto de la imposición llega a ser el de la mera colocación de una sombrilla o toldo. Los supuestos podrían continuarse.

Lo primordial, en todos ellos, es que a través de la imposición, no obstante su generalidad, se desvirtúa en diversos sentidos el principio de igualdad. ¿Por qué han de ser tratados de diferente manera los usuarios de la playa X que la utilizan en el mes de agosto y los que lo hacen en el mes de octubre? ¿Por qué han de ser tratados de diferente manera los usuarios que estacionan su vehículo en la calle A y los que lo estacionan en la calle B? Por muchas vueltas que se le dé, semejante diferencia de trato carece de una explicación razonable y de una base jurídica consistente.

Mas por si la gravedad de estas prácticas fuera poco, muchas de ellas se han incorporado, hasta ahora pacíficamente, a ordenanzas e incluso preceptos de superior rango. Tal es el caso de la Ley especial del Municipio de Madrid, en donde se autoriza al ayuntamiento para establecer una tasa por estacionamiento de vehículos en la vía pública (art. 88.1). La finalidad de la tasa no es otra que cubrir los gastos necesarios para la conservación, señalización y vigilancia de las vías municipales (art. 25 del Reglamento de Hacienda municipal de Madrid). Todo ello sin perjuicio del impuesto municipal sobre circulación de vehículos por la vía pública, que lógicamente debería absorber aquella tasa³⁸.

37. *Las vías urbanas: concepto y régimen de uso*, Madrid, 1973, pp. 480 y ss.

38. Para el municipio de Barcelona, *vid.* el artículo 63 de su Ley especial de 15 de junio de 1960, y el artículo 38.1 y 7 del Reglamento de su Hacienda Municipal de 9 de noviembre de 1961.

En nuestra opinión, las necesidades presupuestarias de los municipios podrían satisfacerse por otros medios más justos y equitativos. A este paso, pronto será necesario pagar una tasa por la utilización o aprovechamiento de cualquier bien o servicio municipal, y, sin darnos cuenta, estaremos pagándole a la Administración por partida doble, en virtud de los impuestos y en virtud de las tasas. Esto nos parece un abuso de derecho indudable, mucho más cuando a través de las tasas se pretende subsanar un sistema tributario deficiente o una economía desarreglada. Quede aquí señalado como un quebranto al principio de igualdad de los administrados frente a la Administración, aunque no solo de este exclusivamente.

2. No menos importantes e irregulares son las reservas que de un uso común del dominio público se hacen con asombrosa frecuencia en favor de determinados usuarios, sin que exista para ello un fin de interés o utilidad general superior. Estas reservas pueden caracterizarse sin duda a través de un elemento objetivo y de otro subjetivo. En virtud del primero, la reserva recae precisamente sobre un uso común o general, público, libre y ciudadano del dominio público. Es esta una especial característica que sirve para diferenciar esta reserva de las llamadas por la doctrina *reservas dominiales o de dominio*³⁹. Ballbé, al definir este tipo de utilización, señaló que se trataba de la facultad de retener para sí el uso especial o privativo de todo o parte de un bien de dominio público destinado a un uso público⁴⁰. Esta restricción posible al uso, general o no, de los particulares viene justificada precisamente por un fin de interés público, que, en el campo de las propiedades especiales, se ha cifrado en la investigación y explotación de recursos que puedan tener un especial interés para el desarrollo económico y social o para la defensa nacional⁴¹. En este tipo de explotación concurre siempre un aprovechamiento de tipo privativo, de titularidad administrativa, exigido por un interés público notorio⁴².

39. BALLBÉ PRUNÉS, M.: «Las reservas dominiales», *RAP*, núm. 4, pp. 75 y ss. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho administrativo*, cit., pp. 480 y 482.

40. *Las reservas dominiales*, cit., p. 76.

41. *Vid.* la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, artículos 7 y ss.

42. Garrido Falla entiende que la reserva de dominio puede realizarse sobre bienes destinados primordialmente a un uso común general, por ejemplo, una playa. Ello no desvirtúa la naturaleza del uso común, ya que la reserva se basa precisamente en la instalación y puesta en funcionamiento de un servicio público (Garrido Falla cita el ejemplo de un balneario nacionalizado). En este sentido, se ha de concluir con este autor que, en tal supuesto, no parece necesario recurrir al concepto de desafectación, ya que, en realidad, la playa sigue cumpliendo su función y el acceso a la misma sigue siendo público.

A diferencia de las reservas de dominio, las de uso común se dirigen a garantizar una forma de utilización colectiva en favor de un grupo determinado de administrados, no exigida necesariamente por el interés público. En ellas la relevancia del elemento subjetivo, es decir, las personas legitimadas para usar del bien, es de una importancia capital. Primeramente, el titular de la reserva no es la Administración, sino unos administrados cualificados. En segundo lugar, la reserva no viene exigida por el hecho de que tales personas representen o satisfagan, con su actividad, directa o indirectamente, un interés público que la haga necesaria. Cuando ello ocurre, estamos en presencia de un trato de favor y creador de privilegios que viola claramente el principio de igualdad. Ejemplos de estas situaciones los tenemos en algunos estacionamientos reservados y en las denominadas playas de uso particular o playas privadas.

Ya hemos señalado en otro lugar⁴³ que las facultades que ostenta la Administración sobre el dominio público no la habilitan para crear una categoría de usuarios privilegiados. Lo que allí señalábamos para los estacionamientos reservados sirve para las reservas de uso común. Ahora conviene hacer hincapié en el hecho de que la Administración normalmente necesitará una norma que la habilite para sustraer parcelas del dominio público del uso común a que está destinado, no en virtud de un escrúpulo legalista, sino con el fin de que sea la norma la que defina el interés público de la sustracción, del servicio público o del mismo aprovechamiento reservado.

En definitiva, las reservas de uso común solo vienen justificadas en muy cualificadas situaciones, como pueden ser aquellas que se constituyen en favor del funcionamiento o del establecimiento de un servicio público, o aquellas otras que se exigen en atención del buen orden del uso común, y que se caracterizan por su limitada duración y por su carácter concreto y esporádico. Lo que carece de base jurídica es crear usuarios privilegiados que impidan el uso de los demás, como ocurre con bastante frecuencia, como es el caso, por poner uno, de los numerosísimos funcionarios que gozan en nuestro país de estacionamientos reservados para sus vehículos. Este y otros casos evidencian que el uso común puede no ser un derecho derivado de la ciudadanía, en cuanto por encima de la cualidad de ciudadano o de simple administrado se reconocen situaciones jurídicas de preferencia⁴⁴.

43. *Las vías urbanas...*, pp. 427 y ss.

44. La gravedad del problema se mide también por la posibilidad de sancionar a los usuarios no privilegiados por una utilización ocasional del bien.

b) Hemos visto cómo a pesar de la aparente seguridad que introduce el carácter reglado de la actividad de la Administración, en cuanto a su legalidad y juridicidad, existen prácticas administrativas que violan claramente preceptos terminantes de normas jurídicas plenamente vigentes. Ello parece conducir fácilmente a la conclusión de que en la *actividad discrecional* la existencia de estas actividades antijurídicas será más numerosa y revestirá mayor gravedad por las propias características de la discrecionalidad.

Antes de analizar la veracidad de esta anterior afirmación, convendría tener en cuenta algo muy importante que escapa normalmente de la esfera del derecho, esto es, la moralidad del administrador. No cabe duda de que la Administración, como persona jurídica, piensa y actúa de acuerdo con el buen o mal hacer de las personas que la componen. Ello implica que por encima de toda técnica jurídica se sitúan lo que podríamos llamar las virtudes de todo administrador: la eficacia, la preparación, la buena fe, el espíritu de justicia y, sobre todo, una idea bastante clara de lo que significa y representa el interés público, como algo diametralmente opuesto al interés o a la satisfacción de unos pocos o de un grupo. Frente a una inmoralidad o una falta de atributos tan esenciales en el administrador, el derecho poco puede hacer con todo su vasto despliegue de técnicas jurídicas. Hay claramente un amplio campo donde el derecho no alcanza, este es el de la idoneidad de los que administran, así como de sus ideas. La ley, en este sentido, no tiene la virtud de transformar la mentalidad de las personas que administran. La prueba está en aquellas leyes que han irrumpido en la Administración y que han sido llevadas a la práctica de muy malas maneras, aduciéndose unas veces «dificultades técnicas» y otras «incomprensión», lo cual no evidencia otra cosa que unos administradores anquilosados y aferrados a un hacer tradicional y antiguo, incapaces de asimilar y comprender lo nuevo. La denuncia de conductas jurídicamente defectuosas debe ser empleada si se quiere partir de un ordenamiento efectivo.

Nuestro derecho administrativo arbitra diversas técnicas que intentan garantizar el principio de igualdad cuando la Administración actúa discrecionalmente. Estas técnicas hacen referencia a actuaciones precedentes y a actuaciones concurrentes. En virtud de las primeras se ha dado nacimiento a la figura del precedente administrativo, y en virtud de las segundas, a técnicas como la del control de los hechos.

Como señala Ortiz Díaz, el precedente impone a la Administración la necesidad de adoptar una misma solución ante cuestiones idénticas a las resueltas

con anterioridad⁴⁵. Para ello se exige, además de otros requisitos que afectan a las condiciones materiales de la igualdad, que la actividad anterior de la Administración haya sido legal. Este requisito, frecuentemente olvidado por quien invoca en su favor una conducta precedente de la Administración, aparece sostenido con unanimidad encomiable por el Tribunal Supremo⁴⁶. Ahora bien, cuando tales conductas anteriores son ajustadas a derecho, el precedente solo vincula a la Administración en tanto el interés público permita resolver otra vez la misma cuestión de la misma manera, lo cual no es sino volver a reconocer aquí lo ya dicho anteriormente sobre la funcionalidad del principio de igualdad. La peculiaridad, en el caso de actividades discrecionales de la Administración, es que la necesidad de motivar, a que se refiere el artículo 43.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con el precedente, se nos antoja demasiado débil para garantizar el principio de igualdad de los administrados frente a la Administración, por el hecho de que el criterio seguido con anterioridad puede ser abandonado sin un cambio efectivo del interés público. Basta que la Administración sostenga que el interés público se ha transformado para que el precedente pierda virtualidad. ¿Deberá probar la Administración el hecho mismo de la transformación y su contenido y alcance?

A nuestro modo de ver son dos las objeciones que cabe hacerle a los efectos que la Ley de Procedimiento Administrativo reconoce al precedente. La primera, su reducido alcance, ya que la necesidad de motivar un acto administrativo viene exigida para toda clase de actuaciones de la Administración, como consecuencia del principio de seguridad jurídica a que tienen derecho los administrados⁴⁷. Por tanto, la motivación no es patrimonio exclusivo de las actuaciones que se aparten de precedentes administrativos, ni mucho menos es un instrumento adecuado para garantizar la efectividad del precedente. La segunda, su equivocidad, en cuanto que el precedente no es sustancialmente un criterio de la Administración, sino una actividad definidora del interés público y del privado en un supuesto dado, de aquí que si este vuelve a repetirse lo precedente sea la identidad de

45. «El precedente administrativo», cit., p. 99.

46. Muchas son las sentencias que recogen este requisito como ineludible para que el precedente, además de otros elementos, tenga fuerza vinculante. *Vid.* Sentencias de 2 de junio de 1869 (R. 3237), 26 de febrero de 1970 (R. 643), 7 de mayo de 1971 (R. 3214), 16 de octubre de 1971 (R. 4097), 30 de noviembre de 1971 (R. 5924) y 25 de febrero de 1972 (R. 1125).

47. Algunos autores hacen, no obstante, una serie de matizaciones según se trate de una actividad discrecional o reglada. *Vid.* la situación de modo general en VALLINA VELARDE, J.L.: *La motivación de los actos administrativos*. Madrid, 1967, pp. 42 y ss.

solución. Es decir, que el precedente parte de una serie de elementos objetivos, perfectamente comprobables y fiscalizables, sujetos implicados, pretensiones, circunstancias de hecho, etcétera, mientras que un criterio apunta más a una forma subjetiva y propia de entender una situación determinada.

Relacionando ambas objeciones, habría que decir que el precedente debe garantizar, en favor del particular, primordialmente la efectividad del cambio de circunstancias, ya personales o materiales, que impiden que la Administración pueda manifestarse de forma idéntica a otras anteriores. Esta garantía no se obtiene de la simple motivación, cuando esta precisamente no señala ni especifica la transformación que se ha producido en el interés público. A nuestro modo de ver, el particular debe encontrar en el precedente el derecho a que la Administración le defina el interés público que impide un trato semejante a otros dados con anterioridad, y, en consecuencia, que el cambio así producido justifique una solución distinta, por ser la anterior lesiva. En esta tarea, los Tribunales de Justicia deberán dejar sin efecto aquellas conductas de la Administración que se aparten de precedentes administrativos sin fundamento alguno. La ausencia de causa, consistente esta en una efectiva transformación del interés público, que impida un mismo trato, debe provocar la invalidez del acto.

En definitiva, el precedente ha de vincular a la Administración no tanto a dar idénticas soluciones como a definir de manera clara y evidente el interés público del momento. Con base en su transformación puede llevarse jurídicamente a cabo un trato desigual en el tiempo.

Conocidas son, como contraste, aquellas actuaciones de la Administración en las que discrecionalidad tiene un significado semejante al de buen hacer o entender de una autoridad administrativa. Libre apreciación igual a criterios personales (no privados) de apreciación, y en los que el interés público queda reducido a la personal apreciación que de una situación tiene un funcionario o autoridad. En este sentido, el interés público se convierte en una cláusula de estilo de las resoluciones administrativas. Mas cabe preguntarse, si en verdad una decisión administrativa responde a una exigencia del interés público, ¿por qué ocultarlo?, ¿por qué no concretar de manera contundente toda la fuerza y el poder del bien común y del interés general? ¿Olvido?, ¿indolencia?, ¿pasividad? No parece justo que el administrado vea en estos defectos de la Administración la mano negra de sus aspiraciones, como no lo es que la propia Administración encuentre en ellos la fórmula cómoda y fácil de resolver la eterna acomodación entre interés público y privado.

En actuaciones de la Administración que afectan o pueden afectar a una pluralidad de administrados al mismo tiempo, junto a las posibilidades de fiscalización que ofrece la desviación de poder, en cuanto al fin perseguido por el acto, que impone una desigualdad de trato, aparece con no menos importancia el control sobre los hechos determinantes o condicionantes de la actividad de la Administración. En la actualidad no es descubrir gran cosa el afirmar la trascendencia de potenciar esta técnica de fiscalización de la legalidad de los actos administrativos⁴⁸, pero sí convendrían estudios más específicos sobre ella, con lo que se facilitaría sobremanera la tarea del Tribunal Supremo.

Por nuestra parte, nos vamos a referir a ella en cuanto pueda afectar al principio de igualdad a que nos venimos refiriendo.

El control de los hechos determinantes de los actos administrativos se basa, de un lado, en la obligatoriedad de la Administración de entrar a examinar las circunstancias de hecho o los presupuestos fácticos que concurren en cada supuesto, y de otro, en el sometimiento de esta actividad de valoración al ordenamiento jurídico. En un ordenamiento legalista, como el nuestro, en el que la ley se apropia de todos los progresos e innovaciones en el campo del derecho, resulta extraño que las normas reguladoras de la actividad de la Administración no hagan referencia al papel que los motivos o los presupuestos del acto administrativo juegan con respecto a la validez del acto mismo⁴⁹. La omisión presenta una cierta importancia de cara a la juridicidad de la actividad de la Administración, pues de sobra es conocido que dentro de esta, aparte de otras circunstancias, adquiere una gran importancia el deseo de acelerar el funcionamiento del servicio gracias a la existencia de una práctica administrativa que implica un cierto automatismo en las decisiones⁵⁰. De acuerdo con esa celeridad mal entendida, se dejan de examinar toda una serie de circunstancias y de elementos que sin duda habrán de condicionar la decisión final.

48. Sin perjuicio de referirnos más adelante a ello, Garrido Falla opina que la fiscalización de la existencia de la causa, cuando la Administración dispone de poderes de apreciación, implica una fiscalización de la oportunidad del acto, no de su legalidad. *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 6.ª edición, Madrid, 1973, p. 508.

49. Hemos de salvar la excepción recogida en los artículos 4 y 6.1 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales. No obstante, lo que ahora afirmamos es la ausencia de un reconocimiento del presupuesto de hecho del acto administrativo con carácter institucional. El silencio de la Ley de Procedimiento Administrativo es, en este punto, sintomático.

50. VENEZIA, J.C.: *Le pouvoir discretionnaire*, París, 1959, p. 138.

Frente a esta idea, las circunstancias de hecho, en primer lugar, no constituyen un conjunto de elementos que solo adquieran relevancia para la convicción jurídica de la autoridad que ha de decidir, sino que se ofrecen como un elemento más de la formación de la voluntad administrativa. De acuerdo con esto, el presupuesto de hecho adquiere una objetividad manifiesta que habrá de tener en cuenta la autoridad a la hora de actuar⁵¹.

En segundo lugar, en el examen y apreciación de los hechos la Administración está sometida a una serie de reglas que hacen de esa actividad una actuación esencialmente jurídica. Ello equivale a decir que la Administración no es libre para apreciar los hechos ni para valorarlos, debiendo ajustar su conducta a la realidad de los hechos y a las normas que califican jurídicamente los mismos. En ambas actuaciones es perfectamente controlable la Administración, como hace tiempo tiene admitido la doctrina.

Por lo que a nosotros afecta, el presupuesto de hecho de la actividad de la Administración vincula a esta a dar una misma solución o acto cuando unas mismas circunstancias afectan a una pluralidad de administrados. Es decir, deducidas unas mismas pretensiones en base a unas mismas circunstancias, el principio de igualdad obliga a una solución idéntica. En este supuesto, en el que el principio de igualdad juega como regla aplicable a partir de la apreciación y calificación de unos hechos, el control de estos es requisito indispensable para la eficacia de aquel.

La doctrina acostumbra a encauzar el control de los hechos determinantes de la actividad administrativa a través del error en la apreciación de los hechos⁵². No obstante, el control en la apreciación de estos puede ampliarse más si se distinguen distintos supuestos de ilegalidad en la, en general, defectuosa valoración de los hechos. El Consejo de Estado francés ha construido, en esta materia, una muy comprensiva doctrina, como es sabido⁵³. De toda ella no cabe duda de que

51. ALIBERT, R.: *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, París, 1926, pp. 284 y ss. VEDEL, G.: *Essai sur la notion de cause en Droit administratif français*, Toulouse, 1934. VIDAL, R.: «L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative», *Revue du Droit Public*, 1952, pp. 286 y ss. DUBISSON, M.: *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, París, 1958. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, cit., pp. 506-507.

52. STASSINOPOULOS, M.: *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, pp. 165 y ss. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, cit., pp. 508 y ss.

53. Por todos, LETOURNEUR, M.: «El control de los hechos por el Consejo de Estado francés», *RAP*, núm. 7, pp. 219 y ss.

sus dos aspectos más interesantes son la fiscalización de la materialidad de los hechos, y si los hechos comprobados pueden motivar o justificar una decisión concreta. Ante este planteamiento de principio no cabe duda de que el recurso del error en la apreciación de los hechos se queda bastante corto.

En principio, una defectuosa apreciación de los hechos puede ser causa de un trato desigual en perjuicio de particulares que se encuentran en la misma situación que otros más favorecidos. Ello se deberá concretamente a una de estas causas, o bien a la inexistencia de unos hechos que se alegan, a la inexactitud de los mismos, o bien a la insuficiencia de los que han sido tenidos en cuenta por la Administración.

La doctrina acostumbraba a equiparar dentro del ámbito de influencia del error en los hechos la inexistencia de estos con la inexactitud de los mismos. En este sentido se habla de falsedad en los hechos⁵⁴ o comúnmente de confusión o error⁵⁵. No obstante, en teoría al menos, no pueden ser equiparados un supuesto de inexistencia de hechos con el de inexactitud en la apreciación de los mismos. Cuando la Administración actúa sin el presupuesto de hecho a que la ley condiciona su actividad hay una violación del ordenamiento jurídico sumamente cualificada. Si se infringe la obligación de examinar, previamente a toda actuación pública, los hechos que concurren en el caso, no existe causa jurídica para actuar, aunque los hechos existan en la realidad, ni, por tanto, acto administrativo. Si, habiendo sido estos examinados y comprobados, la Administración dicta un acto que no se ajusta a la realidad de los hechos, que lo motivan, hay error o inexactitud.

La necesidad de distinguir entre inexistencia e inexactitud en el presupuesto de hecho de la actividad de la Administración viene dada por el hecho de que hay nulidades en el derecho administrativo que, si bien no aparecen admitidas por la ley, pueden construirse a partir de la aplicación del régimen de nulidad a elementos del acto administrativo para los que no está expresamente admitida. Ello, que, en principio, va en contra del carácter restrictivo que la interpretación de la nulidad de pleno derecho tiene en nuestro ordenamiento, puede hacerse cuando de la aplicación de las reglas de la nulidad no se produce una aplicación

54. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, cit., p. 508.

55. STASSINOPOULOS, M.: *Traité des actes...*, cit., p. 175. Según este autor, si el acto admite que una situación fáctica existe, aunque objetivamente no es así, es evidente que el autor del acto lo ha fundado por error sobre una situación distinta, que no puede servir de base al acto en cuestión.

expansiva de estas, sino una mera constatación de su procedencia. Lo que parece absurdo es que, dándose los mismos elementos y requisitos, no se llegue a aplicar en virtud de un principio de interpretación restrictiva⁵⁶.

Sin desviarnos hacia el régimen de los actos administrativos, conviene señalar ahora que la inexistencia del presupuesto de hecho coincide básicamente con los supuestos de nulidad recogidos en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. En efecto, la nulidad por vicios en la competencia, procedimiento y contenido se basa precisamente en formas de inexistencia jurídica o física de esos elementos, entendida para cada uno de ellos de una forma más o menos amplia⁵⁷. Como señala Fernández Rodríguez, resulta preciso acudir al criterio de orden público para concluir ante un acto determinado si es o no nulo de pleno derecho, con independencia de que se halle o no incluido en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo⁵⁸. En el caso que nos ocupa, el deber de la Administración de proceder a examinar las circunstancias de hecho, que motivan el acto administrativo, con anterioridad a la adopción de este, es un imperativo de orden público, no así el error en el examen o apreciación de las mismas, siendo necesario para que este exista una apreciación previa de los hechos objetivos y existentes. Pero si esta no existe, ni hay presupuesto, ni hay error.

En definitiva, la inexistencia de presupuesto de hecho en los actos de la Administración, por no entrar esta en el examen previo de las circunstancias de hecho que concurren en el supuesto, provocará la nulidad del acto, puesto que se trata de un elemento constitutivo de este, sin el cual el acto no existe.

Con independencia de la materialidad de los hechos, perfectamente controlables por el órgano jurisdiccional, este puede asimismo entrar a conocer de la valoración que la Administración ha efectuado de los mismos sobre si pueden o no justificar la decisión tomada. A nadie escapa que los hechos tomados en consideración no sean todos, ni los únicos que debieron de motivar el acto, o que hayan sido valorados unos más que otros, sin que ello se deba a una distinta trascendencia, o simplemente que hayan sido valorados desmedidamente, etc. La

56. *Vid., in totum*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «Orden público y nulidad de pleno derecho», *RAP*, núm. 59. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.M.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, 1972, p. 302.

57. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «Orden público...», cfr., pp. 101-108; SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de pleno derecho...*, cit., pp. 316 y ss.

58. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: «Orden público...», cit., pp. 128-127. SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de pleno derecho...*, cit., p. 302.

posibilidad del juez de entrar a examinar la valoración de los hechos en profundidad, viene en cierta medida condicionada por el grado de discrecionalidad que la ley atribuye a la Administración para efectuar tal valoración⁵⁹. No obstante esto, el Tribunal Supremo, en ciertas ocasiones, entra en la misma valoración que ha efectuado la Administración, bien a través de nuevos elementos de prueba que ha aportado el particular, bien con el fin de garantizar principios jurídicos que pueden quedar en entredicho si la Administración valora los hechos sin tenerlos en cuenta.

Con ello, aunque el Tribunal Supremo no haya creado todavía un cuerpo de doctrina consistente, se controla no solo la discrecionalidad de la Administración para optar por una u otra decisión, sino la discrecionalidad que afecta a la apreciación y valoración de alguno de sus elementos. En concreto, la apreciación discrecional de los hechos determinantes de la actividad administrativa, tiene como límites los propios de toda actividad discrecional, es decir, fundamentalmente, el fin perseguido por el ordenamiento y los principios jurídicos.

Aunque no sea más que un exponente, conviene recoger una reciente sentencia del Tribunal Supremo⁶⁰ en la que se deja sin efecto un acto administrativo en base a la existencia de un error de derecho, consistente en no valorar como es debido el resultado de un conjunto de pruebas. El asunto debatido en autos consistía en que el ministro de la Vivienda había denegado al actor la calificación definitiva de vivienda de renta limitada subvencionada a una vivienda construida por él, por estimar que no se ajustaba al proyecto primitivamente aprobado, en un punto esencial, como es el del tiempo de terminación de las obras, visto lo que disponen los artículos 93 y 94 del Reglamento de 24 de junio de 1955. El error en cuestión lo cifra la sentencia en haber menospreciado una serie de circunstancias que concurrían en el caso, algunas de las cuales demostraban que la edificación había sido terminada dentro del plazo, considerando decisivo, en cambio, la Administración el cumplimiento por parte del promotor del trámite exigido en el artículo 93.2, es decir, que la calificación definitiva se solicite dentro de un plazo de treinta días, a partir de la terminación del inmueble. La sentencia invierte los términos de la decisión administrativa señalando que, por un lado, la edificación fue terminada dentro del plazo señalado, de acuerdo con una

59. GARRIDO FALLA, F.: «El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa», *RAP*, núm. 13, p. 151.

60. Sentencia de 6 de noviembre de 1972 (R. 4695). Ponente, excelentísimo señor Martín del Burgo Merchán.

serie de circunstancias que se valoran y, de otro, que la tardanza en presentar la solicitud no fue debida ni a culpa ni negligencia del promotor, sino a las de un gestor administrativo que este había contratado.

Como puede verse, el Tribunal sustituye a la Administración en la valoración de unos hechos que habían sido valorados defectuosamente, conduciendo a una decisión final en la que se valora principalmente la terminación de las obras y no el plazo para solicitar la calificación definitiva, todo ello de acuerdo con el espíritu que domina la legislación de fomento para la construcción de viviendas.

II

EL USUARIO ANTE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: PRECISIONES ACERCA DE SU SITUACIÓN JURÍDICA*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SITUACIÓN DE LOS USUARIOS. 1. Su naturaleza legal y reglamentaria. 2. Su naturaleza jurídico-pública o privada. III. EL CONTENIDO DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: 1. El derecho al servicio: *a) El acceso al servicio público. b) El régimen de funcionamiento del servicio público.* 2. La sujeción al servicio: *a) El poder directivo de la Administración. b) El poder sancionador de la Administración.* IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El planteamiento del tema de la situación jurídica de los usuarios frente a los servicios públicos supone una meditación profunda sobre el concepto, naturaleza y régimen jurídico del servicio público. Es más, con el progresivo desarrollo y fortalecimiento de la posición jurídica del administrado dentro del seno del derecho administrativo y frente a cada esfera concreta de actuación de la Administración pública, parece que sea este el enfoque más aconsejable para comprender su esencia. Aun cuando no es este el objetivo que nos proponemos al examinar este tema, parece obligado hacer una serie de consideraciones que delimiten, desde un principio, nuestra postura frente al servicio público y frente a los usuarios que vamos a tomar en consideración.

a) A pesar de ser uno de los capítulos mayores del derecho administrativo, el servicio público presenta, aún en nuestros días, una noción difusa, de límites

* Publicado en *Revista de Administración Pública*, núm. 82 (1977).