

1. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

por

Nemesio Rodríguez Moro

A) EL PRINCIPIO DE «LA BUENA FE» EN LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACION Y LOS ADMINISTRADOS

340.142: 351

He aquí un principio que, si bien tímidamente había venido siendo aplicado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha consagrado después en el ordenamiento jurídico español al consignarse en el apartado 1 del artículo 7 del Código Civil, según la redacción dada al Título Preliminar del mismo en la reforma de 1974, al decir que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe».

La buena fe significa un comportamiento leal, honesto, de una rectitud que permita la confianza mutua entre quienes entran en una relación jurídica. Esta conducta tanto se refiere al ejercicio de los derechos como al cumplimiento de los deberes.

Ultimamente el Tribunal Supremo viene aplicando con relativa frecuencia esta norma de la buena fe. Así, en la Sentencia de 11 de marzo de 1978 se refiere a este principio «tan necesitado de ser observado en las relaciones jurídicas, y, claro está, también en las relaciones jurídico-administrativas». En la Sentencia de 18 de junio de 1979 se insiste en que la buena fe es necesaria para una normal convivencia en nuestra Sociedad. La Sentencia de 3 de

junio de 1981 vuelve a insistir en que la buena fe debe presidir toda relación entre Administración y administrados. La de 8 de mayo de 1982 consigna que es contrario al principio de la buena fe el que unos particulares pretendan que se niegue a otros el ejercicio de un derecho similar o idéntico al que ellos han ejercitado. (Se trataba de una petición de licencia para construir solicitada por un particular y a la que se oponían otros propietarios que habían obtenido licencia similar.)

La Sentencia de 18 de mayo de 1982 consigna que es contrario al principio de la buena fe el que un Ayuntamiento invoque en su favor la situación irregular en que se encontraba la concesión de unos puestos en el mercado municipal, siendo así que de las irregularidades y anomalías en que tal concesión se había hecho era causante el propio Ayuntamiento, que, por tanto, no podía alegarlas en beneficio propio y en perjuicio del administrado sin faltar al principio fundamental de la buena fe.

En la Sentencia de 1 de marzo de 1980 se pone de relieve la necesidad de que la Administración pública actúe siempre de acuerdo con el principio de la buena fe, al decir: «Si la Jurisprudencia ha ponderado la observancia del principio de la buena fe como se merece, en términos generales en las relaciones jurídico-administrativas (Sentencias de 23 de diciembre de 1959, 13 junio 1960, 16 diciembre 1963, 16 octubre 1965 y 11 marzo 1978), con mayor razón tal principio ha de ser exigido en la conducta a observar por dicho Ayuntamiento...» Y en otro lugar dice que «en la ocasión presente, la referida Corporación local no se ha comportado con la ejemplaridad que debe exigirse en un Ente público, puesto que a lo largo de las actuaciones ha ejercitado más la habilidad dialéctica que la sinceridad y la veracidad, lo que ha provocado una serie de contradicciones, calificando unas veces los servicios prestados por el aludido señor de "servicios concertados", expresión sumamente vaga y hasta equívoca, negándole en otros momentos toda condición funcionarial, para terminar afirmando, sobre todo en esta alzada, que el mentado individuo es funcionario público, a los efectos de obstruir la actuación desarrollada por los distintos órganos del Ministerio de Trabajo. Que las dudas que sobre la verdadera naturaleza del empleo del referido señor puedan plantearse en este momento a nadie deben atribuirse con más razón que al propio Ayuntamiento custodio de cuanta documentación podía contribuir a clarificar el tema en debate, puesto

que a pesar de ello, lejos de colaborar en esta tarea, lo que ha hecho es moverse en exclusiva en el plano argumental...»

La buena fe ha de informar, pues, las relaciones entre Administración y administrado; sólo así podrán acercarse esos dos mundos de intereses que, teniendo que convivir, viven insolidarios y alejados uno de otro. Sólo actuando con lealtad, con buena fe, se logrará que aquellas relaciones sean más humanas, menos frías, en un mejor entendimiento, alejando los recelos y las desconfianzas en que muy a menudo se mueven.

Es ésta una materia por demás interesante y sugestiva, que tiene aplicaciones en múltiples vertientes del mundo de las relaciones jurídicas entre Administración y administrados, y sobre la que ha escrito con el rigor, la claridad de concepción y el dominio del tema que en él es habitual, un extraordinario trabajo el eminente profesor y tratadista don Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, al presentar su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, leído el 18 de enero de 1983, bajo el título: «El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo». En él podrá hallar el lector interesado un tratamiento completo del tema y una abundantísima bibliografía al efecto.

B) DOS INTERESANTES CUESTIONES EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE OCTUBRE DE 1982

340.142: 352.077.55

La primera de estas cuestiones que el Tribunal Supremo establece en la mencionada Sentencia es la de que el sentido espiritualista que anima la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ha de llevar al juzgador a considerar que las formalidades procesales no deben estimarse como obstáculos encaminados a dificultar o impedir el pronunciamiento de la sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada, sino que deben ser consideradas tales formalidades como garantía de acierto en la decisión judicial, debiendo prevalecer esta consideración, hoy robustecida por lo dispuesto en la Constitución española que establece el principio de protección judicial de los derechos. Y en aplicación de esta doctrina es anulada la Sentencia de la Sala de la Audiencia que

había declarado inadmisibile el recurso contra el acto municipal que resolvía la subasta anunciada para adjudicar el servicio de quioscos, hamacas y alquiler de utensilios deportivos en las playas del término municipal, inadmisibilidad que se asentaba en que, como no se había reclamado en su tiempo el pliego de condiciones no cabía ya hacerlo después. Y, por el contrario, el Tribunal Supremo establece en su Sentencia que el pliego de condiciones es impugnabile en cualquiera de los actos administrativos posteriores al mismo en el procedimiento administrativo que sigue hasta la adjudicación definitiva, pues «la falta de reclamación contra el acuerdo aprobatorio del pliego de condiciones no convierte a éste en firme y consentido que produzca el cierre definitivo de la vía contenciosa instada frente a los posteriores actos de convocatoria de subastas...»

El Tribunal Supremo razona así su tesis:

CONSIDERANDO: Que la concepción de las formalidades procesales como garantía de acierto de la decisión judicial y no como obstáculos encaminados a dificultar o impedir el pronunciamiento de la sentencia sobre la cuestión de fondo constituye asiento y fundamento esenciales, expresamente declarados en la exposición de motivos de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, del sentido espiritualista que debe presidir de manera permanente la revisión judicial de la legalidad de los actos administrativos, actualmente potenciado y robustecido por el principio de protección judicial de los derechos que consagra el artículo 24, 1, de la Constitución, y en este contexto de enjuiciamiento flexible y generoso de los presupuestos de validez del proceso contencioso resulta obligado considerar que las distintas fases que integran el procedimiento administrativo de subasta regulado en los artículos 21 a 36 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 no son compartimientos estancos que, una vez cerrados sin reclamación, adquieren la condición de actuaciones firmes e inimpugnables en la vía contenciosa que impiden a los interesados combatir su legalidad en los recursos que interpongan contra actos posteriores dictados dentro del mismo procedimiento, pues la tesis contraria olvida que las reclamaciones autónomas que puedan venir previstas para alguna de dichas fases, como es la contemplada en el artículo 24 del citado Reglamento, aunque tengan aptitud para desembocar en una impugnación contenciosa, deben ser contemplados como trámites instrumentales cuyo objeto principal consiste en aportar a la Corporación municipal un más completo conocimiento de datos, circunstancias y alegaciones que le permitan ordenar correctamente el procedimiento hasta lograr su finalización mediante el acto de adjudicación definitiva, sin que en contra de tal concepción pueda esgrimirse con éxito el número 3 de dicho artículo 24, precepto anterior al sis-

tema de impugnación judicial de los actos administrativos que instaura la Ley Jurisdiccional citada y basado en criterios superados por la misma, pues tal disposición reglamentaria, en cuanto restringe los motivos por los que se puede combatir el pliego de condiciones no reclamado en el plazo que establece, se manifiesta incompatible con los principios de espiritualidad y protección judicial de los derechos que se dejan citados, y en tal sentido, aún en la hipótesis de que sea vinculante para el Ayuntamiento, debe estimarse inoperante en la vía judicial a los efectos de negar la posibilidad procesal de discutir la legalidad del acuerdo aprobatorio del pliego de condiciones, dentro del recurso que se interponga contra actos administrativos posteriores al mismo, ya que esta posibilidad se prolonga hasta dictarse el acto de adjudicación definitiva, en cuya impugnación podrá plantearse, haya o no habido reclamaciones intermedias, cualquier motivo de ilegalidad de cualquiera de los actos interlocutorios que integran el procedimiento administrativo al cual pone término dicha adjudicación definitiva, derivándose de todo ello que la sentencia apelada incide en error al declarar la inadmisibilidad de los dos recursos acumulados, dado que, según se deja razonado, la falta de reclamación contra el acuerdo aprobatorio del pliego de condiciones no convierte a éste en firme y consentido que produzca el cierre definitivo de la vía contenciosa instada frente a los posteriores actos...

El otro importante tema que aborda el Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia es el de la naturaleza jurídica del acto municipal por el que se otorga la prestación del servicio de quioscos, hamacas y alquiler de utensilios deportivos en las playas del término municipal correspondiente, planteándose el problema de si se trata de una «concesión administrativa» que habría de regirse por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, o si, en realidad, no hay más que una «autorización administrativa», que tendría que someterse a las normas del Reglamento de Servicios de dichas Corporaciones, inclinándose el Tribunal por esta última tesis, para lo cual pone de relieve las notas que caracterizan una y otra figura jurídica. Al efecto, dice así el Tribunal Supremo en dicha Sentencia:

CONSIDERANDO: Que el proceso se interpone contra la actuación administrativa que el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana ha realizado en orden a la adjudicación por el procedimiento de subasta del servicio de quioscos, hamacas y alquiler de utensilios deportivos en las playas de su término municipal durante el año 1977, planteando un problema litigioso que en esencia

consiste en determinar si el otorgamiento de dichos servicios constituye *concesión administrativa* sometida al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales o *autorización administrativa* que deba ser regulada por el Reglamento de Servicios de las mismas Corporaciones.

CONSIDERANDO: Que entre los modos indirectos o descentralizados de gestión administrativa se incluye desde fecha relativamente reciente la llamada «autorización reglamentada de servicios privados de interés público» o más concisamente «autorización reglamentada», cuya naturaleza específica ha dado lugar a numerosos estudios de los más autorizados tratadistas, entre los cuales se ha suscitado una muy debatida polémica doctrinal, aún no superada, que hace en extremo difícil precisar las notas que la diferencian de otras instituciones de gestión indirecta y especialmente de la concesión administrativa, de la cual procede y de la que se ha ido paulatinamente separando hasta constituir actualmente una figura autónoma que, por no haber aún alcanzado una plena madurez jurídica, continúa dando lugar a conclusiones dispares respecto a cuál es la línea que la separa de dicha concesión administrativa que han tenido reflejo en una oscilante jurisprudencia en la que a veces se ha llegado a soluciones contradictorias, como ocurre en las sentencias de 2 y 29 de marzo de 1979, recaídas precisamente en supuestos idénticos al de autos, y de las cuales la primera aplica el régimen legal de la autorización administrativa a la gestión indirecta de los citados servicios de quioscos, hamacas y deportivos en las playas, mientras la segunda se decide por la concesión administrativa, y ante tal discrepancia es forzoso, absteniéndose de generalizaciones doctrinales que puedan incurrir en indeterminación y confusión, decidirse por una de dichas soluciones, a cuyo fin parece oportuno limitarse a enfrenar la concesión administrativa con la clase de autorización llamada demanial, y tomando como punto de partida las características más comúnmente admitidas como específicas de cada una de esas instituciones, proceder a calificar el supuesto de autos con arreglo a las normas de nuestro Derecho positivo.

CONSIDERANDO: Que por regla general la diferenciación entre las dos instituciones citadas se enfoca con la utilización de dos criterios combinados que consisten, respectivamente, en la naturaleza, intensidad y duración del uso del dominio público que se cede al adjudicatario y en el carácter propio o impropio del servicio público de cuya gestión se trata, y con base en esos dos criterios se señalan, entre otras, como características de la concesión administrativa, las siguientes: 1.º, un uso intenso del dominio público por parte del concesionario a quien se le cede de manera permanente y estable; 2.º, la titularidad del dominio público en la Administración concedente, cualidad que se deriva como normalmente concurrente, dada la intensidad del uso del dominio público que se cede; 3.º, instalaciones fijas que correspondan con la permanencia y estabilidad del uso concedido y que generalmente quedan integradas en el dominio público desde el primer momento de vida de la concesión y re- vierten a dicho dominio a su finalización; 4.º, gestión de un servicio público cuya prestación viene atribuida a la titularidad de la Administración conce-

dente como propia de su competencia; y 5.º, *remuneración del concesionario mediante precios que participan de la naturaleza de tasas fijas y predeterminadas, características* todas ellas que, por oposición, se señalan como *ausentes de la autorización reglamentada, en la que: 1.º, el uso del dominio público es menos intenso* que en la concesión y se cede de manera *provisional y por poca duración*; 2.º, *la Administración autorizante puede carecer de la titularidad del dominio público y ostentar simplemente facultades de policía sobre él*; 3.º, *las instalaciones no son fijas, permaneciendo en la propiedad particular del autorizado sin que opere la reversión*; 4.º, *el servicio no es de los propios de la Administración autorizante, sino de carácter particular, en el que hay implicado un interés público*; y 5.º, *la remuneración del autorizado, aunque pueda ser sometida a tarifa* si así lo exige el interés público, *son precios susceptibles de regirse por el sistema de comercio libre que corresponde a la naturaleza privada del servicio gestionado.*

CONSIDERANDO: Que las características que se señalan como propias de la autorización reglamentada coinciden casi exactamente con las del caso aquí debatido, que, contrastado con concretos preceptos de nuestro Derecho positivo, conducen al siguiente resultado: 1.º, la adjudicación autoriza únicamente a instalaciones no fijas, y así imperativamente lo establece el artículo 17 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, el cual atribuye la competencia al Ayuntamiento que no ostenta la titularidad del dominio público de las playas, sino únicamente facultades de policía que se detallan en el mismo, y ello supone, en primer lugar, la ausencia de una utilización estable y permanente del dominio público en el adjudicatario y la falta de titularidad de este dominio en el Ayuntamiento adjudicante que, en principio, conducen a negar la existencia de una concesión administrativa, como por otro lado ya pone de manifiesto, quizá de manera decisiva, dicho artículo al excluir la explotación de los servicios citados del ámbito de la misma, cuya competencia se reserva al Estado como titular que es del dominio público, expresando así el criterio legal de configurar esa explotación como una figura jurídica distinta de la concesión administrativa; 2.º, las instalaciones permanecen en la propiedad privada de los adjudicatarios y no están sometidas a reversión, según el pliego de condiciones aprobado por el Ayuntamiento; 3.º, el servicio es una actividad típica de comercio privado, ajena a la competencia propia de los Ayuntamientos; y 4.º, la remuneración de las adjudicatarias no se predetermina en precios tasados, dejándose al juego de la oferta y la demanda, y estas especiales notas distintivas inclinan a la Sala a considerar como más acertada la calificación de la autorización administrativa que eligió la sentencia citada de 2 de marzo de 1979, y de acuerdo con ella declarar que los expresados servicios son subsumibles en el concepto de servicios particulares destinados al público que contempla el número 4 del artículo 1.º del Reglamento de Servicios de 17 de junio de 1955, otorgables mediante la autorización administrativa que regula el artículo 17 del mismo Reglamento y dentro del procedimiento de licitación previsto en el 61, 2, del Reglamento de Bienes de 27 de mayo de 1955, sin que le sean de aplicación las normas reguladoras de la concesión administrativa,

ni necesiten Ordenanza fiscal, por tratarse de un derecho que es autorizado por el Ayuntamiento con carácter temporal, revocable al final de cada temporada y con facultades para concederlo en la siguiente a distinto titular del anterior, siempre que lo haga por el referido procedimiento de subasta y con sujeción al pliego de condiciones que previamente haya aprobado.