

I. COMENTARIO MONOGRAFICO

LA INSTALACION DE HAMACAS, SOMBRILLAS, TOLDOS, ETC., EN LAS PLAYAS

340.142:352 (094):351.797.3

por

Nemesio Rodríguez Moro

En la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 se atribuía a los Ayuntamientos la facultad de regular esta materia, pero la redacción no muy acertada de la normativa había dado lugar a bastantes fricciones entre las Comandancias de Marina y las autoridades municipales. Y para evitar este estado de cosas, que en algunos casos llegó a provocar situaciones de enfrentamiento violento, la Ley de Costas de 26 de abril de 1968 asignó claramente la competencia a los Ayuntamientos, diciendo en el artículo 17: "La policía de moralidad, higiene y salubridad, así como el ornato y limpieza de las playas y lugares de baño, corresponderá a los Ayuntamientos en cuya demarcación territorial estén situados". Y en el párrafo 3 de este mismo artículo se dice: "*La explotación de los servicios que puedan establecerse en las playas que, por no necesitar instalaciones fijas, no requieran la concesión referida en el apartado 2 del artículo 10 (se asigna allí al Ministerio de Obras Públicas, con carácter general, el otorgamiento de las concesiones en la zona marítimo-terrestre), corresponderá al Ayuntamiento, que podrá realizarla por gestión directa o mediante convenio con los particulares, manteniendo, en todo caso, el uso público de la playa*".

De manera que esta clase de instalaciones temporales podrá realizarla por sí mismo el Ayuntamiento respectivo, y, efectivamente, hay

Corporaciones municipales que tienen montado un buen servicio con toldos, parasoles, hamacas, etc., de su propiedad, o bien llevar a cabo este servicio, hoy casi indispensable en muchas playas españolas, a través de particulares, quienes habrán de someterse a las normas que al efecto dicte la Corporación municipal en orden a la mejor prestación del servicio y mantenimiento de la playa en las adecuadas condiciones de higiene, sanidad, limpieza y ornato, así como respecto de las tarifas que puedan percibirse de los usuarios, y las tasas que deban abonarse a la Corporación municipal correspondiente.

Sobre esta materia se han dictado por el Tribunal Supremo dos recientes sentencias, las de 2 y 29 de marzo de 1979 (Ar. 1.175 y 1.467), que, al parecer, discrepan en cuanto a la naturaleza jurídica de esta actividad administrativa de intervención.

La sentencia de 2 de marzo de 1979, antes citada, afirma que la actividad municipal a que se refiere no puede conceptuarse como un verdadero servicio público, sino como un servicio privado de interés público, es decir, un servicio público impropio, al que no deben aplicarse en orden a su regulación los cauces establecidos en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, sino que le es meramente de aplicación lo establecido en el artículo 17 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, donde se consigna que corresponderá a éstas "otorgar la autorización..., fijar las condiciones técnicas y determinar las modalidades de prestación..."

No deja de reconocer el Tribunal Supremo en su sentencia que esta intervención administrativa en el ejercicio de tal actividad es muy parecida a la que se ejerce en relación con un servicio público propio, y que ello condujo tanto a la Corporación como al actor a confundir esta situación con la de una concesión, que es de aplicación cuando se trata de un verdadero servicio público, que podrá prestarse bien de forma directa por la propia Administración, bien de forma indirecta mediante concesión, arrendamiento o concierto.

El razonamiento del Tribunal se contiene en los considerandos de la sentencia apelada, que hace suyos el Tribunal Supremo, y que dicen así:

CONSIDERANDO: Que como se desprende claramente de la sistemática y contexto del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, estas Entidades desarrollan una triple actividad de intervención, fomento y servicio público, y esta última, puede ser gestionada directamente por la Corporación o prestada mediante concesión, arrendamiento o concierto; mas en todo caso, para que con rigor pueda predicarse de una actividad el carácter de servicio público, no es suficiente que proporcione una utilidad al público, so pena de desnaturalizar el concepto, sino que debe exigirse que se trate de

una actuación técnica, dirigida al público, prestada de forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública, y cuya titularidad esté atribuida a una Entidad pública, lo que no es obstáculo para que la gestión corresponda a un particular, notas todas ellas que sirven para detectar lo que no es un servicio público, sino simplemente un servicio de interés público, expresión que acoge aquellas actividades cuya titularidad no corresponde a una Entidad pública, sino que, permaneciendo en manos de los particulares, están destinadas al público y en las que hay implicado un interés público capaz de justificar una intervención administrativa por vía de reglamentación policial, actividades, en fin, conocidas con el nombre de servicios públicos impropios, que no son objeto de convenio por alguno de los procedimientos de selección del contratista, sino que están sometidas a la obtención de una autorización administrativa previa, servicios públicos impropios a los que hace referencia el artículo 1, número 4, del Reglamento de Servicios (que los denomina servicios de particulares destinados al público) y el artículo 17 del mismo Cuerpo legal (donde son llamados servicios públicos en sentido estricto, claramente diferentes, pues, de los servicios públicos en sentido estricto, cuya contratación sí debe hacerse siguiendo los cauces establecidos en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, presupuesto todo lo anterior, es claro que la simple y elemental actividad de instalar y alquilar la utilización de hamacas, colchones y parasoles, no constituye un servicio público, en sentido técnico, sino, simplemente, una actividad prestada por particulares, de utilidad pública, y por ello, corporativamente intervenida.

CONSIDERANDO: Que a la luz de la precedente distinción debe ser interpretado el artículo 17, número 3, de la Ley de Costas, para así llegar a la conclusión de que *en las playas pueden prestarse servicios públicos en sentido estricto y servicios privados destinados al público, y tanto en un caso como en otro, si la explotación no requiere instalaciones fijas, esto es, si no resulta precisa una utilización privativa mediante la concesión del dominio público estatal que es la playa, la competencia de tal explotación, no obstante no ser titular del dominio público sobre el que se efectúa, corresponderá al Ayuntamiento, que podrá realizarla, caso de tratarse de un servicio público en sentido estricto, mediante gestión directa o a través de cualquiera de las formas de gestión indirecta reglamentariamente previstas, cuya regulación no ha sido modificada por la Ley de Costas, y en el supuesto de un servicio público impropio, por medio del cauce establecido en el artículo 17 del Reglamento de Servicios, precepto en el que se afirma que "corresponderá a las Corporaciones locales otorgar la autorización..., fijar las condiciones técnicas y determinar las modalidades de prestación...", todo lo cual supone el aprovechamiento por la Administración legalmente habilitada—los Ayuntamientos en el supuesto del artículo 17, número 3, de la Ley de Costas—para someter al particular autorizado a una serie de cargas y obligaciones positivas en cuanto a la forma del ejercicio de su actividad, tan semejantes a la que constituyen el clausulado de una concesión de servicios públicos, que ha confundido a la Corporación demandada y al actor, hasta*

el extremo de haber denominado concierto a lo que constituye una autorización administrativa, con una validez cronológicamente limitada a una temporada turística, a la que, repetimos, se ha incorporado un clausulado regulador de la forma de ejercitar la actividad privada de utilidad pública, lo que nada tiene que ver con el concierto, forma de gestión indirecta de servicios públicos en sentido técnico, silenciada en el artículo 157 de la Ley de Régimen local, aludida en el artículo 247 del mismo Cuerpo legal y regulada entre los artículos 143 a 147 del Reglamento de Servicios, institución adecuada para la prestación de servicios públicos asistenciales, pero no para la explotación de la instalación de hamacas, colchones y parasoles en una playa, desprendiéndose de todo lo expuesto la inoportuna invocación del artículo 143 del Reglamento de Servicios como fundamento jurídico de la tesis actora.

Frente a esta tesis parece alzarse la que sustenta el Tribunal en su sentencia de 29 de marzo de 1979, relativa también al problema de instalación en la playa de San Bartolomé de Tirajara de toldos, hamacas y otras instalaciones de carácter temporal que el Ayuntamiento sacó a subasta en las condiciones que al efecto fijó en un pliego de condiciones, diciéndose que lo que la Corporación municipal calificó como autorización o licencia *no es sino una propia y verdadera concesión*, y su otorgamiento ha de atenerse con todo rigor a lo establecido tanto en el Reglamento de Servicios como en el de Contratación de las Corporaciones locales. Consecuencia de esta posición del Tribunal Supremo es la que, al tratarse de una concesión, y de la exacción de una verdadera tasa que han de satisfacer al Ayuntamiento los concesionarios del servicio, es preciso que toda la actuación administrativa de la Corporación se atempere a la ordenanza fiscal municipal, que deberá aprobarse conforme a las disposiciones legales en vigor.

Los considerandos de la sentencia en cuestión se transcriben a continuación, y son del tenor literal siguiente:

CONSIDERANDO: Que el segundo de los problemas apuntados en el primer considerando *debe solventarse* en el sentido unívoco de tener que declarar la nulidad, según se insta en el recurso y su demanda, de los actos impugnados, es decir, del pliego de condiciones y del acuerdo o acuerdos plenarios que lo aprobaron, cuya reposición ha sido denegada presuntivamente por silencio administrativo negativo, *porque, además de que* en la publicación del clausulado que en definitiva ha de regir el mecanismo contractual de la subasta, como medio de perfeccionar el acuerdo de voluntades en que se traduce lo que, intitulado por la Corporación municipal como autorización o licencia, no es sino una propia y verdadera concesión, *se ha omitido un formalismo trascendente*, cual el del anuncio en el *Boletín Oficial del Estado*, desde el momento en que el precio tipo, cuando el adjudicatario sea diferente del concesionario anterior, se verá incrementado

con el valor de indemnización de las instalaciones, quioscos o puestos actualmente existentes, superándose así el límite fijado en el artículo 313 de la Ley de Régimen local (150.000 pesetas) y artículo 26, número 1, C), del Reglamento de Contratación (500.000 pesetas) como condicionante del acceso forzoso del pliego a la *Gaceta de Madrid*, resulta obvio, teniendo en cuenta, por un lado, lo que los artículos 157 de la Ley de Régimen local, en relación con el 307 de la misma, los artículos 113, 114, números 1, 2, 3, y 128, número 3, párrafo 3.º, del Reglamento de Servicios, los artículos 58, 59, números 2.º y 4.º; 62, números 1, a) y b), y 2; 63 y 74 del Reglamento de Bienes, y los artículos 21 y siguientes del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, afirman en torno a la *naturaleza bifronte de la concesión de la explotación de los servicios que, con base en el artículo 17, número 3, de la Ley de Costas, son objeto de esta litis, concesión que, a modo de dos círculos concéntricos de distinto radio, presupone la cesión tanto del servicio en sí, con ubicación física en instalaciones no fijadas por quien fue en su día el primer adjudicatario, como la transmisión del uso privativo anormal, por ocupación temporal, de los terrenos del demanio por naturaleza como son las playas donde deben asentarse los quioscos, hamacas y demás elementos deportivos y, por ende, en relación con el cauce contractual por subasta que para la adjudicación de ambos objetos de la concesión, servicio-institución y dominio público, debe utilizarse, con la lógica observancia de unos trámites y la consecuente fijación de un clausulado que, en lo no previsto con precisión en el Ordenamiento jurídico, debe quedar enmarcado en los límites de una potestad discrecional administrativa que eluda cualquier riesgo de generar una desviación de poder* (status el expuesto, que es la derivación de la tesis ya mantenida por esta Sala, de modo indirecto, en sentencia de 28 de diciembre de 1972, recaída en recurso número 59 de 1972, por la que se declaraba la anulación del acuerdo de dicho Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana de 15 de septiembre de 1972 de no sacar a subasta o concurso las llamadas autorizaciones de uso común especial del dominio público de las playas para instalación de hamacas, quioscos y otros puestos, por manifiesta infracción de la Ley, rompiendo así el criterio de interpretar el mecanismo alternativo de "convenio con los particulares" reseñado en el artículo 17, número 3, de la Ley de Costas como el cauce único y exclusivo del concierto directo con los interesados, génesis de disquisiciones de todo alcance fáctico y jurídico), y, por otro lado, lo que los artículos 429, 434, número 1, a); 435, números 1 y 2; 440, número 26; 444, números 17 y 25, y 446 de la Ley de Régimen local, 115, número 8.º, del Reglamento de Servicios y 63, número 7.º, del Reglamento de Bienes, en relación con la doctrina contenida, entre otras, en las sentencias de 2 de marzo de 1974 de la Audiencia Territorial de Granada, de 3 de abril de 1974 de la Audiencia Territorial de Navarra y de 30 de enero de 1974 de la Audiencia Territorial de Valencia, esta última referente a un asunto similar al de autos, expresan *respecto al carácter, dentro de los recursos de las Haciendas municipales, que debe darse al montante económico o canon que puede obtenerse, mediante el sistema de subasta elegido por la concesión de la explotación del servicio y del demanio que lleva implícito,*

carácter que, partiendo del principio de legalidad tributaria, no puede ser otro que el de una tasa, como alguno de los preceptos citados especifica, que tanto atenderá a la valoración de la explotación (módulo determinado por el binomio inversión-beneficios) como a la cuantificación del aprovechamiento o utilización y ocupación del demanio, "que", en consecuencia, "si", a tenor de los artículos 717, 718, 719, 722 a 726 y concordantes de la Ley de Régimen local, cada exacción y, en el presente caso, cada canon, precio de licitación, o, en definitiva, tasa (ya sea unitaria, para la que el Ayuntamiento designa como autorización o licencia, ya sea plural, para lo que en esta sentencia se reputa como concesión simultánea de explotación de servicio y del demanio de ubicación), preciso será objeto de una Ordenanza fiscal, y, en el caso presente, la aprobada por el Delegado de Hacienda, de fecha 13 de agosto de 1970 (folios 96 a 107 de los autos), sólo está prevista para el sistema de concierto directo con los particulares, erradicado, según Ley, por la sentencia ya citada de esta Sala de 28 de diciembre de 1972, con unas tarifas que no han tenido reflejo en el pliego de condiciones publicado definitivamente, para el año 1976, en el Boletín Oficial de la Provincia de 13 de enero de 1976, no sólo faltan unas Ordenanzas, actualizadas y atemperadas al régimen contractual de la concesión que se transfiere, en las que tengan su asiento los cánones, tipos, derechos fiscales o tasas que, en compensación, ha de ingresar la Corporación de los adjudicatarios o rematantes de la subasta anunciada, por cuanto la modificación que del artículo 8 de las mismas se hizo unilateralmente por el Ayuntamiento, con fecha 31 de julio de 1973 (folios 108 a 111 de los autos) sin ninguno de los trámites y resoluciones contenidos en los artículos 722 a 726 de la Ley de Régimen local, no presupone, cualquiera sea su validez de facto (materia que en este proceso no se discute ni se decide), más que una puntualización de los módulos contenidos ya en las precedentes, sino que tampoco es de apreciar una adecuación estricta, en el ámbito fiscal, de los mentados tipos o cuotas señaladas en el pliego de condiciones de la subasta, materia del recurso, con los criterios al efecto imperantes en esas Ordenanzas tributarias de 13 de agosto de 1970 y 31 de julio de 1973, únicos presuntivamente vigentes y eficaces, en virtud de lo cual, de aceptarse la viabilidad jurídica del precitado pliego de 13 de enero de 1976, se abriría la puerta, sin necesidad de abordar, por ahora, las dudas que en torno a la corrección del plazo de un año, del sistema de pujas a la llana, del derecho de tanteo y del importe de la fianza han expuesto, en sus escritos administrativos y jurídicos, los hoy actores, a un método de obtener ingresos municipales que, dada la naturaleza del objeto de la concesión doblemente contraprestada, no tendrían asiento en el artículo 429 y siguientes de la Ley de Régimen local ni el respaldo ineludible de la correspondiente y actualizada Ordenanza fiscal para su legalizada exacción y devengo, circunstancias que, en pro del principio de legalidad administrativa y tributaria, determinan la secuela de la nulidad de los actos recurridos y pliego publicado el 13 de enero de 1976, con las derivaciones que, para tal supuesto, hayan previsto, en su caso, las cláusulas contractuales de la anualidad anterior.