

LOS DEFECTOS FORMALES EN LA PUBLICIDAD DE LAS LICITACIONES

**(Comentario a la Sentencia de la Sala 4.^a del
Tribunal Supremo del día 26 de abril de 1980)**

340.142:352.712

por

Jaime Sánchez Isac

Doctor en Derecho
Secretario de primera categoría de Administración local

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA PUBLICIDAD DE LAS LICITACIONES EN EL REGIMEN CONTRACTUAL DE LAS CORPORACIONES LOCALES. CONSECUENCIAS DE SU INFRACCION. II. SUPUESTO DEL CASO: ERROR DE HECHO.—III. LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.—IV. POSTURA DE LA SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1980: CONSIDERACION DE LA ENTIDAD DEL DEFECTO DE PUBLICIDAD EN RELACION A LA DIFUSION EFECTIVA DE LA LICITACION.

I. INTRODUCCION: LA PUBLICIDAD DE LAS LICITACIONES EN EL REGIMEN CONTRACTUAL DE LAS CORPORACIONES LOCALES. CONSECUENCIAS DE SU INFRACCION

El artículo 26 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales exigió un amplio y detallado régimen de publicidad para el régimen de contratación local, que ha sido uno de los puntos

concretos de aparición de defectos de forma, cuando tal régimen se incumplió, por error de hecho, en los numerosísimos expedientes tramitados a lo largo de los años.

El artículo 120 del texto articulado parcial de la Ley 41/1975 (Real Decreto 3046/77, de 6 de octubre), se remite a la «cifra que reglamentariamente se establezca» para decidir cuándo será precisa la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, además de la prescripción general sobre anuncio en el *Boletín Oficial de la Provincia*.

Queda claro, por tanto, que la doble publicación en los *Boletines Oficiales*, hasta el momento, seguirá siendo una constante, en los casos en que por la cuantía sea exigible, en nuestro sistema contractual.

La publicidad de las licitaciones ha sido tradicionalmente señalada por la doctrina. LAUBADÈRE indica la doble funcionalidad de la publicación previa, esto es, «suscitar la concurrencia y situar a los eventuales candidatos en un pie de igualdad» (1).

En el mismo plano, el artículo 18 del Reglamento de Contratación sienta lo que llama «fundamentales principios» de: «a) publicidad de la licitación, y b) secreto de las proposiciones. Estas premisas de actuación son las que fundamentan el régimen de publicidad de los contratos en fase de convocatoria.

Las reglas sobre las publicaciones de los contratos son, por tanto, derecho necesario y de gran importancia práctica. Su infracción constituye defecto formal grave, cuando menos. El cuidado y vigilancia de los edictos, sus plazos y el cumplimiento de los requisitos esenciales son, obviamente, aspectos de la función secretarial que deben extremarse, en evitación de situaciones conflictivas y litigiosas, más abundantes de lo que pudiera parecer.

En principio, por tanto, la infracción de éstas sobre publicidad puede irrogar la nulidad del procedimiento. Ello es un punto pacífico en la doctrina, tanto francesa (2) como española (3).

En la realidad jurisprudencial, no obstante, su sustanciación no es tan clara y, por supuesto, pesa, evidentemente, el problema de la

(1) A. DE LAUBADÈRE: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tomo I, pág. 267.

(2) LAUBADÈRE: *Op. cit.*, pág. 266: «El principio de la publicidad de la adjudicación es, como hemos dicho, fundamental; su violación irroga la nulidad de la adjudicación, ya que ésta está viciada en su mismo principio» (C. E., 6 abril 1935, *Marchesini*, pág. 460); igualmente «la duración de la publicidad es una condición esencial de la validez de la adjudicación» (18 marzo 1931, *Mayor*, D. P., 1931, 3.11).

(3) Profesor J.-M. BOQUERA OLIVER: *La selección de los contratistas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, págs. 59 y ss.

estabilidad de las situaciones físicas creadas por el contrato, que impiden, en su objetividad real, aplicar dura y desnudamente una nulidad dogmática que, llevada a sus últimas consecuencias, podría llegar a abocar a la Administración ante problemas importantes en materia de ejecución de sentencias, singularmente en contratos de obras públicas.

En este comentario nos ha parecido útil auscultar el sentir de la jurisprudencia, ante una situación que no es insólita ni inusual en la práctica administrativa: la existencia de defectos formales en la publicación de una licitación, con omisión parcial, de una Administración local.

La constancia de la disparidad existente entre la jurisprudencia y la aplicación estricta de la nulidad ya fue acusada, con su habitual claridad, por el profesor BOQUERA (4), desde un punto de vista incontestable. Distingue dicho autor dos casos: falta de publicación en los *Boletines Oficiales* (5) y en los anuncios insertos en periódicos no oficiales. El primer supuesto conlleva la nulidad, y en el segundo se afirma que la falta «debe tener consecuencias distintas» (6).

En este trabajo, estudiando algunas sentencias, concluimos que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo existen matizaciones que, en general, nos dejan una primera impresión de flexibilidad ante el defecto formal.

En resumen, por tanto, en el momento actual, ¿cuál es la magnitud real del defecto formal, consistente en la falta de publicación en uno de los *Boletines Oficiales* prescritos, bien por error material, bien por omisión voluntaria, en la licitación concreta?

La sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo del día 26 de abril de 1980, Ponente excelentísimo señor don José GARRALDÁ VALCÁRCCEL, nos plantea una serie de cuestiones prácticas y concretas sobre el tema.

(4) *Op. cit.*, págs. 61, 62 y 65.

(5) «La falta de publicación de un anuncio en el *Boletín Oficial* afecta a su misma existencia. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo no suele llegar a tal radical solución. Puede afirmarse que no se muestra muy exigente al enjuiciar la falta de publicación en los *Boletines Oficiales*» (pág. 61).

(6) *Op. cit.*, pág. 67.

II. SUPUESTO DEL CASO: ERROR DE HECHO

La Corporación interesada convocó un concurso público para adjudicar una concesión de líneas de transportes urbanos. En la sentencia de la Sala de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la Audiencia Territorial, se estudia el sustrato fáctico, que nos delinea el rosario de actos del procedimiento.

En el expediente administrativo se siguieron todos los trámites reglamentarios, *con la excepción de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado»*. Este fue uno de los principales motivos de impugnación esgrimidos, como se comprueba de la lectura de los considerandos de las sentencias. Nos hallamos ante un puro y escueto error de hecho, sin posible rectificación.

¿Este defecto determina la anulabilidad prevista en el párrafo 2.º del artículo 48 de la Ley de Procedimiento administrativo, por considerarse que el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o por dar lugar a la indefensión del interesado en cuestión?

III. LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Lógicamente, este defecto tiene antecedentes en nuestra casuística. Hemos de convenir en que los requisitos formales de la publicidad licitatoria han sido un aspecto del procedimiento regulado con gran detallismo, por no decir con minuciosidad. El mismo puntillismo de la norma ha traído consigo su presunta infracción, la alegación expresa como motivo de impugnación y el necesario control jurisdiccional que se ha pronunciado sobre el alcance real, sobre la dimensión del defecto.

La Sala 1.ª de la Audiencia Territorial de Barcelona, en sentencias confirmadas por el Tribunal Supremo, ha sentado un principio importante: la trascendencia jurídica de las publicaciones en la prensa periódica.

Así, en la sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1973 (Repertorio Aranzadi 1292), se dice:

Cuarto considerando sentencia apelada: «Que esto dicho, y aceptado como inconcuso, a tenor del artículo 26 citado, que los anuncios en los periódicos oficiales y en *La Vanguardia Española*, en que

se señaló como día de la subasta el día en que efectivamente tuvo lugar, son *principales y de igual importancia*, en cuanto ambos son preceptivos, corresponde abordar si la conciliación entre el anuncio del periódico oficial y el diario indicado, externamente contradictorios, es factible, y en este punto, no será superfluo recordar que el primero adolece, ciertamente, de indeterminación por una expresión que ha conducido, en las especiales circunstancias de Barcelona, en que la tradición respeta como festivo el día de San Esteban, a una vacilación en el cómputo del plazo...»

Y en el segundo considerando de la sentencia del Tribunal Supremo:

«... lo cierto es que al hacer la convocatoria, se ve claramente que el Ayuntamiento local tenía en mente el carácter de festividad histórica, y a ello es debido que si bien en anuncios del *Boletín Oficial del Estado* número 304, de 21 de diciembre de 1967, se anuncie la subasta, expresando que tendrá lugar 'el día siguiente hábil al que se cumplan veinte días de aparecer insertado el anuncio en el *Boletín Oficial*' (que si el día de San Esteban es hábil, será el 17 de enero, y si es inhábil, será el 18), *lo cierto es que en el anuncio en 'La Vanguardia de Barcelona'* (publicado los días 3 y 5 de enero) se señaló como día para la subasta el 19, y, por consiguiente, para presentar propuestas, el día anterior, o sea el 18...»

En el mismo sentido, la sentencia de 15 de junio de 1972, de la Sala 4.^a (R. 3494) (7).

En conclusión, el Tribunal Supremo admitió la igualdad de régimen jurídico del edicto o anuncio aparecido en la prensa diaria, en relación a las publicaciones oficiales exigidas en el artículo 26 del Reglamento de Contratación.

Con ello, es claro que se va a una concepción espiritualista de la publicidad contractual, sin duda muy en línea con todo el estilo de la práctica de la Ley Jurisdiccional, en relación a la forma, y que tiene antecedentes en sentencias anteriores a la propia Ley de 27

(7) Segundo considerando de la sentencia apelada: «es oportuno recordar, por la utilidad que luego va a tener en la interpretación de los 'actos' administrativos, que la exigencia de un plazo mínimo y la amplia publicidad que el Reglamento de Contratación dispone a la doble preocupación de lograr el máximo de oferta y garantizar la concurrencia, a la subasta, de cuantos contratistas lo deseen, por lo que si se quebrantara aquel plazo y, en consecuencia, no diera menos de veinte días entre la publicación y la apertura de pliegos, la subasta no sería válida». Cuarto considerando de la sentencia apelada: «*aceptado* como inconcuso, a tenor del artículo 26 del Reglamento de Contratación, que *los anuncios en el periódico oficial y en los diarios no oficiales son principales y de igual importancia...*»

de diciembre de 1956, pudiendo citar, entre ellas, las de *30 de abril de 1936* (8) y de *11 de octubre de 1956* (9).

Es de destacar asimismo la de *22 de noviembre de 1973*, Sala 4.ª Ponente excelentísimo señor don Enrique MEDINA BALMASEDA (R. 4842), donde se resumen los rasgos esenciales de la cuestión, al decir (10): «de tales doctrinas no puede hacerse un dogma jurídico

(8) R. 1016. «Que el artículo 161 del Estatuto municipal preceptúa que la contratación de obras y servicios municipales se celebrará, por regla general, mediante subasta; disponiendo el 162 de dicho Cuerpo legal que ésta habrá de ser anunciada en el *Boletín Oficial* cuando la cuantía no exceda de 100.000 pesetas y se adjudicará a la posición más ventajosa con arreglo a las condiciones anunciadas; cuyos preceptos han sido aclarados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estableciendo que las bases de las subastas o concursos constituyen ley ineludible para los que asisten a ellos, quienes al concurrir las aceptan implícitamente y no pueden después impugnarla, como pretende en esta ocasión el recurrente al intentar que se revoque un acuerdo que constituye el obligado remate de actos que aceptó como legales y procedentes, dados los términos de la subasta y las condiciones de la misma, *sin que sea lícito al recurrente venir ahora con la petición expresada, apoyándola en el hecho de no haberse publicado en el Boletín Oficial anuncio de su celebración, toda vez que consta en el expediente que se anunció por edicto en los sitios públicos de costumbre y se dio al acto la publicidad necesaria para que acudiesen a las subastas cuantas personas tuviesen interés de tomar parte en ellas*».

(9) R. 3522. Ponente Excmo. Sr. D. José ARIAS RAMOS. Tercer considerando. Tribunal Supremo: «Que de lo expresado se infiere que la Jurisdicción contencioso-administrativa habrá de hacer el reconocimiento de oficio de una tacha o defecto de forma, en razón al carácter de la falta, cuando la nulidad por ella determinada sea absoluta y la resolución judicial, más que declararla, lo que hace es corroborar una realidad eliminando el mero barniz de apariencia legal que pudiera haber acompañado al acto nulo; o bien, decretará una anulación cuando, aun no siendo el vicio tan sustancial ni la nulidad tan radical, resulte vulnerado o lesionado en cualquier forma, ya directamente, ya porque la tacha formal determine una situación que dificulte la defensa del mismo, un derecho subjetivo de carácter administrativo establecido en favor de las partes litigantes, o bien en la esfera de la Administración local, cuando el recurrente tenga en ello por lo menos un interés directo; y *examinadas las circunstancias que concurren en el expediente que precedió a este pleito, es de apreciar en primer término que el hecho de no haberse dado por el Ayuntamiento de A. cumplimiento exacto a los artículos 313 de la Ley de Régimen local de 16 de diciembre de 1950, y 2 y 7 del Reglamento para la Contratación municipal de 2 de julio de 1924, omitiendo la inserción del anuncio en el Boletín Oficial del Estado, verificándola solamente en el de la Provincia, no hace del mencionado trámite de anuncio un acto nulo de modo radical con aquella oposición o contradicción abierta a la Ley que requiere la norma sentada por el artículo 4.º del Código Civil, sino un acto defectuoso por incompleto que ciertamente no es completo en caso de autos, pero al que la total ausencia de la menor reclamación o denuncia, por tal motivo, la celebración de la subasta, la adjudicación de las obras y la realización por el adjudicatario y al pago por el Ayuntamiento de buena parte de ellas, dieron una situación de confirmación o convalidación que elimina la figura de la nulidad absoluta...*»

(10) Undécimo considerando sentencia apelada: «aunque es cierto, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1969 (R. 5596), que 'no debe caer en olvido el carácter formalista de la contratación administrativa, en contraste con los principios espiritualistas que dominan en la contratación civil', y ello en función del predominio del interés público que informa la actuación de la Administración que contrata», llegando la sentencia de 4 de febrero de 1965 a decir que «las formas de contratación administrativa no son derechos transigibles, sino obligaciones indeclinables», pues los vicios de procedimiento de preparación y adjudicación del contrato origina la nulidad del mismo, doctrina ésta que ya aparecía declarada en la

de tal rigidez..., hasta el extremo de que la más mínima infracción u omisión representa la inexistencia o la nulidad absoluta y radical del contrato...».

En la sentencia de 3 de marzo de 1966 (R. 4503) hallamos, finalmente, un criterio sobre supuestos de falta de publicidad en las licitaciones locales: «si bien el artículo 18, apartado a), del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, reputa esencial el requisito de publicidad de la licitación, y el 26 del propio texto reglamentario enumera los medios para cumplirlo, no todos ellos tienen la misma importancia, pues así como la falta de publicación en los Boletines Oficiales de la Provincia y del Estado determina la nulidad del procedimiento, la omisión de los anuncios a través de la prensa y la radio, que se limitan a ampliar la difusión del acto invitatorio de la Administración dirigido a los posibles licitadores y que surte ya efectos jurídicos desde el momento que se inserte en aquellos periódicos, no produce iguales consecuencias invalidatorias, atendido el carácter meramente complementario de las aludidas formas publicitarias, puesto de relieve en el párrafo 2.º del artículo últimamente citado, al limitarlas a un sucinto extracto referido al objeto del contrato, plazo y lugar de presentación de proposiciones y diario oficial en que figuren las circunstancias detalladas».

La afirmación de la nulidad absoluta para la total falta de publicidad en los Boletines Oficiales parece fundada, ya que con ello se incumple la raíz del precepto, su formalización legal y el camino ordinario de difusión de las noticias administrativas.

En este supuesto, es lógico que la publicación en la prensa se considere—en caso de omisión, existiendo, no obstante, la precepti-

de 3 de enero de 1949 (R. 247), en la que se mantiene «que si bien en la esfera civil, en cualquier forma que las partes se produzcan, surge el convenio, en la esfera administrativa es menester ajustarse a las normas preestablecidas para que el contrato exista», también lo es que de tales doctrinas no puede hacerse un dogma jurídico de tal rigidez que la contratación administrativa se transforme en una actuación de estilo obligado, hasta el extremo de que la más mínima infracción u omisión representa la inexistencia o la nulidad absoluta y radical del contrato; pues en realidad lo que efectivamente quiere la citada doctrina jurisprudencial es que se cumplan aquellas formas que, por ser garantía de la seriedad contractual, son indispensables para que los principios que informan la contratación administrativa tengan cumplimiento; y así lo ha entendido el Tribunal Supremo al recoger en su sentencia de 22 de abril de 1969 (R. 2157) la doctrina establecida por la apelada al manifestar «que dentro del grupo de normas que regulan la adjudicación de bienes por el sistema de subasta, no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango, ni su falta, por tanto, determina los mismos efectos, sino que depende de la entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida, pues establecidas esas formalidades preparatorias de la contratación municipal en tutela y garantía de los intereses generales cuya gestión corresponde a los Ayuntamientos, la nulidad sólo se produce cuando se violan normas que contienen las reglas esenciales para la consecución del fin de la contratación por subasta».

va en los *Boletines*—como falta irrelevante, en cuanto se da el cumplimiento al precepto esencial del régimen de publicidad contractual. Incidentalmente, la sentencia califica la nulidad del procedimiento por omisión total, enriqueciendo con ello otro aspecto de este tema, muy casuístico, en el marco de la jurisprudencia.

De todas las resoluciones estudiadas, dictadas para casos muy disímiles, parece claro que, en esta materia, es aconsejable actuar con flexibilidad y pragmatismo, es decir, sin formulismos excesivos, para poder medir y aquilatar el defecto formal en que se haya incurrido en sus justas proporciones, sin minusvalorarlo, pero tampoco viéndolo en una proporción magnificadora.

IV. POSTURA DE LA SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1980: CONSIDERACION DE LA ENTIDAD DEL DEFECTO DE PUBLICIDAD EN RELACION A LA DIFUSION EFECTIVA DE LA LICITACION

La cuestión fundamental que nos hemos planteado en este comentario monográfico, y que hemos ido contorneando en las sentencias estudiadas, recibe una contestación rotunda en favor del acto, es decir, en la legalidad del procedimiento, con subsanación del defecto formal que se cometió por error de hecho.

En la sentencia que comentamos se lleva a cabo una evaluación total del litigio, o sea, no se aísla el defecto en abstracto, para centrar el razonamiento en su unicidad sustancial. La resolución llega a una conclusión tras haber estructurado una visión panorámica de la cuestión no sólo en su mero aspecto procedimental, sino en el contexto íntegro, y todo ello con una clara idea de la funcionalidad de la forma encerrada en su real dimensión de servidora de la justicia material y del interés público. La publicidad se conecta a la real difusión y trascendencia de la convocatoria en orden a su teleología: la difusión del concurso y sus efectos en derecho de la parte a no caer en un estado de indefensión.

En la dicha sentencia, por tanto, se tiene en cuenta el conocimiento real del contenido del procedimiento administrativo, a fin de conectar la petición de nulidad con lo que la sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial, con un espíritu realista, denominó y calificó de «*apreciar con ponderación si tales infracciones pueden considerarse como fundamentales o se hayan omitido las necesarias para alcanzar el fin en que se legitiman u ordenan, según la doctrina legal que se desprende del artículo 48, número 2, de la meritada Ley*».

En definitiva, se considera la entidad del defecto de publicidad, en relación a la efectiva difusión de la convocatoria de la licitación.

El proceso de razonamiento jurídico, por tanto, nos lleva de nuevo ante la fundamental problemática de la nulidad absoluta por defecto de forma, un aspecto más del fenómeno que el profesor SANTAMARÍA PASTOR denomina «la gran aporía del sistema de las ineficacias» (11). Sin duda, que las afirmaciones de que «el condicionamiento finalista de las soluciones es la regla» y de que «la única postura válida es la de la provisionalidad y la de la constante receptabilidad (12)», son bases para llegar al tradicional escepticismo sobre el carácter científico del Derecho, a que nos puede llevar el estudio de cualquier tema principal. Pero lo cierto es que en esta constante tensión dialéctica entre realidad y norma, el forzoso acto de decisión entre la fuerza conformadora de ésta y la presión de aquélla es lo que confiere un especial atractivo a la jurisprudencia, que ha de bajar del plano intemporal del precepto a la forzosa pequeñez de un trámite o a las anodinas anécdotas de un expediente administrativo, sin olvidar el insoslayable respeto al Derecho, como disciplina y saber basado en la honestidad y en la imparcialidad, entre otros valores sociales obvios.

En nuestro caso, la jurisprudencia que hemos estudiado parece que nos aboca a una clara confirmación de la minoración del defecto de forma, como causa concreta de invalidez del acto administrativo. El proceso ha sido estudiado y descrito por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (13), acentuándose la interpretación restrictiva que el artículo 48, 2, de la Ley de Procedimiento administrativo conlleva y la tendencia a confirmar todos los vicios de anulabilidad, por defecto formal, que no sean una infracción de los dos valores consagrados por la norma, esto es, la teleología del acto y un resultado de indefensión de las partes destinatarias o afectadas por el mismo. Es evidente que esta corriente está perfectamente de acuerdo con la evolución antiformalista, que con los años va siendo constante, clara y decidida.

Es innecesario aquí recordar los dos grandes valores bipolares entre los que pendula la sustanciación casuística de la doctrina de la nulidad, esto es, la seguridad social y la pureza formal del Dere-

(11) J. S. SANTAMARÍA PASTOR: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, pág. 39.

(12) *Op. cit.*, pág. 40.

(13) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, 3.ª ed., pág. 548.

cho (14), y que nos lleva a las dos grandes sustanciaciones funcionales de la nulidad, como pena y como técnica de defensa del orden jurídico.

Desde este prisma entendemos que la sentencia comentada se atiene al principio de seguridad, en base del de buena fe (15), exigible tanto a la Administración como al administrado, y, en consecuencia, se alinea en la corriente pragmática y tópica de la aplicación del Derecho, ciertamente apreciable en el contexto de las circunstancias que originaron y causaron su aparición.

En definitiva, la sentencia estudia y resuelve la modulación concreta del defecto formal de falta de publicación en uno de los *Boletines Oficiales* prescritos por la norma, en base a la finalidad de tal publicidad legal y de los efectos en la difusión de la licitación, con la conclusión, según el conjunto de los hechos, de inexistencia de indefensión para la sociedad reclamante, lo cual está perfectamente de acuerdo con el fondo jurídico general de la materia y siguiendo las grandes líneas sistemáticas de nuestro ordenamiento administrativo.

Considerandos de la sentencia apelada

CONSIDERANDO: Que en este proceso los recursos acumulados 528-74, y 16, 30 y 221 de 1975, tienen por objeto, respectivamente, la impugnación del acuerdo del Ayuntamiento en Pleno de la ciudad de M. de 1 de abril de 1974, que rechazó la petición de la entidad demandante de que se dejara sin efecto el proyecto municipal, aprobado el 5 de octubre de 1973, de convocar concurso para el otorgamiento de una concesión de dos líneas de autobuses urbanos para el transporte de viajeros entre el centro de la ciudad y los barrios de «V. A.» y «L. LL.», así como de que se anulara el acuerdo de 5 de noviembre de 1973, por el que se aprobaron los pliegos de condiciones técnico-facultativas y jurídico-económico-administrativas que debían de servir de base a dicho concurso; del acuerdo de fecha 7 de octubre de 1974, denegando el pedimento de la sociedad meritada para que se le concediera el servicio urbano de transportes de viajeros a los citados barrios como extensión a «hijuelas» de la concesión de las líneas de autobuses que le tiene otorgadas el Ayuntamiento de M.; la del acuerdo de 2 de diciembre de 1974, aprobando definitivamente el establecimiento del servicio público de transportes a «V. A.» y a «L. LL.», y del acuerdo municipal de 3 de marzo de 1975, adjudicando definitivamente la concesión de las líneas de autobuses indicadas a don J. F. C.

(14) SANTAMARÍA PASTOR: *Op. cit.*, pág. 53.

(15) F. SAIZ MORENO: «La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados», *Revista de Administración Pública*, 89, pág. 293.

CONSIDERANDO: Que respecto a los tres recursos enunciados en primer término, no se ha controvertido por «T. de M. a A., S. A.», la competencia municipal para establecer en régimen de concesión administrativa las líneas de transporte de viajeros que se estimen necesarias dentro del casco urbano de la ciudad de M., a tenor de la que le confiere a las Corporaciones municipales el artículo 101, letra c), de la Ley de Régimen local, para regular ese transporte dentro de los límites del casco urbano del Municipio, como asimismo, *a contrario sensu*, se desprende lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley de Transportes por Carretera de 27 de diciembre de 1947, que regula las que discurren fuera del casco urbano de las poblaciones, y cuya concesión compete al Ministerio de Obras Públicas, y conforme al sistema de gestión indirecta, concretamente el de concesión administrativa, que autoriza el artículo 157 de la Ley de Régimen local, y el artículo 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, que determina que: Los servicios de competencia de las entidades locales podrán prestarse mediante concesión administrativa, salvo en los casos en que esté ordenada la gestión directa, siendo adecuada a Derecho la forma de concurso para la adjudicación de un servicio público municipal, artículos 37, número 5, y 37, número 3, de Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953; cuando no se hubieren municipalizado los servicios urbanos de transporte de M., como podía hacerlo el Ayuntamiento de esa ciudad, según los artículos 158, 164 y 166 de la Ley de Régimen local, que prevé la municipalización del servicio de autobuses con monopolio, siendo incontrovertible la facultad del Ayuntamiento demandado de proceder a la aprobación de un proyecto sobre el establecimiento de una línea de autobuses para atender a unos núcleos de población comprendidos dentro del casco urbano de la ciudad, sin que, por tener adjudicadas con anterioridad otras líneas, la demandante pueda por esa sola circunstancia pretender que se le adjudicaran sin la convocatoria del preceptivo concurso; como tampoco es admisible la pretensión de que dada la coincidencia en algunos tramos de las líneas de la que es concesionaria la demandante con los proyectados en los acuerdos mentados, hagan impracticables las previstas en los mismos, pues teniendo en cuenta que en el artículo 8.º de la Ley de 27 de diciembre de 1947, para el transporte por carretera en los alrededores de las grandes poblaciones, se contempla que dentro de los 30 kilómetros a partir del origen de las líneas ya establecidas pueden otorgarse otras concesiones con trayectos parcialmente coincidentes; y partiendo de lo alegado por la demandante de haberse declarado en las concesiones, de la que es titular la recurrente, que «en todo lo no previsto en los apartados que anteceden será de aplicación supletoria la legislación vigente sobre el servicio de autobuses urbanos por entidades privadas o de transportes por carretera», es pertinente afirmar el derecho de la Corporación municipal de establecer unos servicios urbanos de transporte de viajeros, aunque esas líneas coincidan en algunos tramos con otras ya establecidas, en base a que aparece probado, y no ha sido desvirtuado por la demandante, que los nuevos servicios atienden a las necesidades de unos núcleos de población huérfanos del mismo, y que las líneas en proyecto discurren por una extensa zona de la ciudad por la que no transitaban los autobuses de la sociedad recurrente, lo que

excluye toda presunción de haber incidido el Ayuntamiento en desviación de poder, pues aparece relevante que el ejercicio de la concreta potestad administrativa de proceder a la apertura de unas nuevas líneas de viajeros, se ha hecho en beneficio de los meritados núcleos de población, sin perjuicio de que, efectivamente, pudiera económicamente verse perjudicada la actora por la concurrencia en algunos tramos en los que tiene concedido el servicio de otra línea de autobuses, lo que no obsta a la legalidad de los acuerdos impugnados, ya que el interés público debe prevalecer sobre el patrimonial y privado de la demandante, que, en su caso, podría pedir, de existir y probarse una lesión de sus intereses, la modificación de las condiciones económicas de las concesiones administrativas de la que es titular y fueron aprobadas el 6 de abril de 1964, en las que se le reconoció: «El carácter de promotor de la implantación del servicio de autobuses en esta ciudad y su término municipal, en cuanto pudiera beneficiarle, si en lo futuro se tratase de establecer nuevas líneas para el transporte colectivo urbano de superficie por idéntico medio mecánico en lugares distintos a los que corresponden a las tres líneas ahora señaladas para la misma»; declaración que no comporta ningún derecho específico o preferencia concreta, que, por otra parte, sí se le ha reconocido en el establecimiento de las nuevas líneas al atribuirle el derecho de tanteo, previsto en el artículo 123 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales; quedando además probado, por lo ya expuesto, que la petición del demandante de que se le concediera la extensión de sus actuales líneas a los barrios de «V. A.» y «L. LL.» no era admisible, por cuanto con esa prolongación no se atendía al servicio de esos núcleos de población en la forma proyectada, que abarca, según los planos obrantes en este proceso, unas zonas amplias del casco urbano que no tendrían el servicio de autobuses, así como las de aquellos barrios sin comunicación con gran parte de la ciudad, siendo evidente que las concesiones proyectadas atienden a la ampliación del servicio urbano de viajeros a zonas urbanas que carecían de este servicio, que en régimen de concesión, no está previsto en la Ley que pueda otorgarse con monopolio.

CONSIDERANDO: Que por lo que se refiere al recurso 221-75, debe precisarse que de lo que consta en el expediente administrativo y lo alegado y probado en este proceso, resultan acreditados los siguientes extremos: 1.º Que por acuerdo del Pleno municipal de 2 de diciembre de 1974, se reconoció a la actora el derecho de tanteo, que se recoge en la cláusula 19 del pliego de condiciones, y de acuerdo con el artículo 123 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. 2.º Que «T. de M. a A., S. A.», no concurrió al acto de licitación convocado para el día 1 de febrero de 1975. 3.º *Que la convocatoria para el acto de licitación, según el acuerdo de 2 de diciembre de 1974, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, se dispuso que fuera publicado en el Boletín Oficial del Estado, en el de la Provincia, en un diario de Barcelona en dos inserciones discontinuas, en el periódico de M. y demás lugares de costumbre.* 4.º *Que por error imputable a un funcionario del Ayuntamiento no se hizo la publicación en el Boletín Oficial del Estado, pero sí en los demás medios de comunicación previstos en dicho*

acuerdo. 5.º Que «T. de A. a M., S. A.», tiene su domicilio en M. 6.º Que la sociedad actora ha recurrido todos los acuerdos del Ayuntamiento que se han producido en el expediente de la concesión de las líneas de autobuses objeto de esta litis. 7.º Que a la demandante no se le notificó personalmente la fecha en que debía celebrarse el acto de licitación.

CONSIDERANDO: *Que de los hechos que se estiman probados en el apartado anterior se deduce que la omisión en la publicación del anuncio del acto de licitación en el Boletín Oficial del Estado, no pudo dejar indefensa a la demandante por haberse publicado en el Boletín Oficial de la Provincia, en un periódico de gran difusión de Barcelona y en uno local, en donde tiene su domicilio, y por el hecho de conocer perfectamente la tramitación del expediente, en el que no se mostró o pidió que se le tuviera como parte interesada, sino que a medida que iban produciéndose los acuerdos municipales los iba impugnando, notificándosele por la Corporación municipal las resoluciones correspondientes, habiéndosele dado publicidad a dicho expediente y al acto de licitación en la forma expresada; por lo cual, aun estimándose que siendo parte interesada en el expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23, letra f), de la Ley de Procedimiento administrativo, no era exigible que se le notificara personalmente la fecha del acto de licitación, por la publicidad dada al expediente, en cuyo supuesto no es preceptiva la comunicación prevista en el artículo 26 de la misma Ley; estando fuera de toda duda que la demandante conoció la fecha en que debía celebrarse el acto de licitación, y que si no acudió a ella fue por su voluntad; no habiendo ejercido el derecho de tanteo por no haberle convenido; debiéndose, en lo que se refiere a las infracciones formales de un procedimiento administrativo, apreciar en cada caso si de ellos se ha podido derivar indefensión para los interesados para decretar la nulidad de lo actuado, y apreciar con ponderación si tales infracciones pueden considerarse como fundamentales, o se hayan omitido las necesarias para alcanzar el fin en que se legitiman u ordenan, según la doctrina legal que se desprende del artículo 48, número 2, de la meritada Ley; indefensión y quebrantamiento sustancial de forma que en relación con la recurrente no se ha producido en el expediente administrativo, al que se refiere estos autos; como se revela por lo ya expuesto, y del hecho inconcuso, de que la voluntad real de la recurrente era la de que no se establecieran las nuevas líneas de autobuses, pero no la de ejercer el derecho de tanteo, por lo que débese rechazar la pretensión de nulidad por defecto de forma, a que se contrae el 221-75, respecto a la adjudicación definitiva de la concesión de los transportes urbanos de viajeros; de lo que sí tuvo noticia, como de los demás actos, la demandante, como se revela por el hecho de haber recurrido en reposición contra el acuerdo en que se aprobó dicha adjudicación, y que fue rechazado por el de fecha 2 de junio de 1975.*

CONSIDERANDO: *Que debiéndose desestimar los recursos acumulados en este proceso, no se aprecia temeridad o mala fe al objeto de la imposición de costas.*

Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo

CONSIDERANDO: Que el presente recurso de apelación interpuesto por la sociedad que ha planteado los cuatro recursos acumulados en el proceso, se circunscribe sólo a tres de ellos, constituidos por los que inicialmente se registraron con los números 528-74, 30-75 y 221-75, al haber desistido la parte apelante de sostener la impugnación de la sentencia en lo referente a lo que fue objeto del asunto número 16-75, en su escrito de alegaciones, por lo que las cuestiones a examinar en esta segunda instancia pueden clasificarse, a efectos de su tratamiento, en dos grupos: uno formado por los actos administrativos que se sometieron a revisión jurisdiccional en los dos primeros recursos señalados, y en los que la impugnación afecta al propio contenido de ellos o fondo de lo que resolvieron, y otro integrado por el tercero de aquéllos, en el que son las formalidades que precedieron al acto lo que constituye el motivo de la impugnación del mismo.

CONSIDERANDO: Sobre los actos objeto de los dos primeros recursos, que el argumento primordial esgrimido por la sociedad recurrente para impugnarlos consiste en invocar su condición de «promotor con los beneficios que para éstos señala la legislación vigente», reconocido a su favor en el acuerdo municipal de 22 de julio de 1964, por el que se le otorgó la concesión de tres líneas de autobuses urbanos; pero esa declaración, cuyo significado jurídico y el alcance que pueda tener no ha sido revelado ni por las disposiciones legales ni tampoco por expresión de las partes, no comporta, como se afirma en la sentencia apelada, ningún derecho específico o preferencia concreta, y, desde luego, cualquiera que pueda ser su efecto, nunca podrá interpretarse en el sentido de que entrañe la posibilidad de monopolio, por contravenir en ese caso lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953, que declara nulas «las cláusulas que impliquen monopolio, salvo las excepciones expresamente previstas por la Ley», y probablemente con el fin de plasmar en algo concreto la imprecisa condición de promotor, se reconoció a la entidad concesionaria el derecho de tanteo, previsto en el artículo 123 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, en el establecimiento de las nuevas líneas.

CONSIDERANDO: Que el mantenimiento del equilibrio financiero de su concesión, prevista en el artículo 127-2-2.º del Reglamento de Servicios citado, es otro de los argumentos esgrimidos por la sociedad recurrente frente a los acuerdos municipales tendentes a la ampliación de las líneas de autobuses; pero esa declaración, dictada indudablemente en garantía de los derechos del concesionario, no puede entenderse, en modo alguno, en términos tales que congele o impida de futuro y para siempre a la Corporación el ejercicio de su potestad para velar por el interés ciudadano general, adoptando al efecto disposiciones, aunque éstas puedan repercutir en una concesión otorgada, pues para tales supuestos existen en el propio artículo últimamente citado previsiones encaminadas al mantenimiento del equilibrio económico y que podrían servir de cauce conciliador de los dos intereses en juego.

CONSIDERANDO: Que tampoco cabe admitir el argumento de que se ha conculcado el principio de inalterabilidad de la concesión, que se invoca con cita del artículo 51 del Reglamento de Contratación, pues es claro que el Ayuntamiento de M. no ha alterado en nada los términos de la concesión de que es titular la sociedad recurrente y que permanece intacta; pero al amparo de esa intangibilidad de la concesión no puede pretenderse que se paralice la actuación municipal encaminada a la realización de los fines que le son propios, por la circunstancia de que ese actuar pueda tener alguna repercusión indirecta en una concesión anterior, ya que ello provocaría muchas veces el estancamiento de la vida y desarrollo de la ciudad, con perjuicio de los superiores intereses de carácter general.

CONSIDERANDO: Que el hecho de que el establecimiento de las nuevas líneas de autobuses para dotar de ese servicio a los barrios de «V. A.» y «L. LL.» haya de discurrir por el casco urbano de la ciudad, con el condicionamiento que para la circulación suponen las dimensiones de las vías públicas por las que se ha de transitar, impone como inevitable la coincidencia de las nuevas líneas con las anteriores en algunos cortos recorridos urbanos de la zona céntrica de la ciudad, pero eso no puede estimarse que constituya la superposición de un segundo servicio de transporte con desconocimiento de los derechos del concesionario anterior, ni tampoco supone infracción del invocado artículo 8.º de la Ley sobre transporte por carretera de 27 de diciembre de 1947, por no haberse establecido propiamente coincidencia de itinerarios, según se ha dicho; pero, además, no puede olvidarse que ese precepto, cuya aplicación al caso no deja de resultar dudosa, contempla el supuesto de transporte por carretera, donde la coincidencia es fácilmente evitable en la mayoría de los casos, cosa, por el contrario, muy difícil de conseguir totalmente dentro del casco urbano, por las circunstancias ya señaladas que imponen necesariamente alguna coincidencia parcial en cortos recorridos, pareciendo conveniente destacar que la cita del referido artículo 8.º hecha en la sentencia de primera instancia, se hace *ad exemplum* de la posibilidad de coincidencia parcial de itinerarios en ciertos supuestos, también en el ámbito de esa Ley, más que como precepto específico atinente al caso.

CONSIDERANDO: *Sobre la nulidad de licitación, bajo la modalidad de concurso, para el otorgamiento de la concesión de las nuevas líneas de autobuses urbanos, postulada en el tercer recurso, que a lo establecido sobre el particular en el sentencia apelada, cabe añadir la doctrina sentada por la sentencia de 21 de noviembre de 1977, según la cual, «las nulidades formales en el campo administrativo han de interpretarse con criterio restrictivo, reduciéndose sus estimaciones a todos aquellos casos en que se hubiere prescindido de un requisito esencial para que el acto administrativo alcance su fin y, en todo caso, que con la omisión del trámite o trámites no observados se hubiere causado la indefensión del administrado», y si con esta mira se examina el supuesto del recurso, se advierte que, en efecto, se ha omitido la publicación del edicto anuncio en el Boletín Oficial del Estado, cuya inserción estaba ordenada y no se cumplió por error de trámite; pero, sin embargo, esta circunstancia no privó a la licitación de la publicidad y di-*

fusión precisa al haberse difundido su conocimiento por los demás medios empleados y, en particular, con el señalamiento de fecha concreta para dicho acto, anunciada en la prensa de los días 21 y 23 de enero de 1975, en cumplimiento de lo prevenido en la base 9.ª del edicto, como lo revela el hecho elocuente a tal fin de que hubo licitador y de que el recurrente conoció la fecha señalada para ello, según viene a reconocer en su escrito de alegaciones, de donde se infiere, de un lado, que la publicidad anunciadora del acto de la licitación cumplió su finalidad de difusión del mismo, y de otro, que la omisión de la inserción del edicto en el Boletín Oficial del Estado no pudo causar indefensión a la sociedad recurrente.