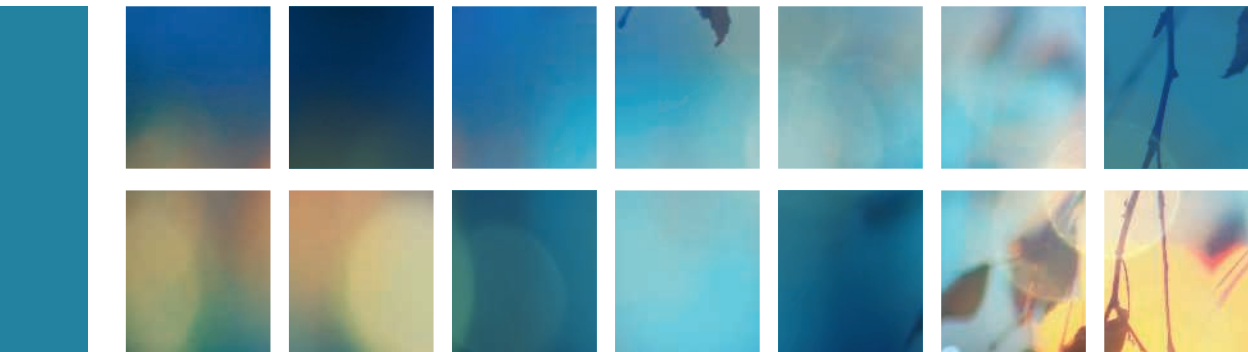




# Sentido y sensibilidad del Derecho Administrativo

Buena fe. Actos propios. Abuso de derecho.  
Proporcionalidad. Equidad. Desviación de poder

José Ramón Chaves García



© José Ramón Chaves García, 2024  
© LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

**LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)

**Tel:** 91 602 01 82

**e-mail:** clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.aranzadilaley.es>

**Primera edición:** Octubre 2024

**Depósito Legal:** M-21484-2024

**ISBN versión impresa:** 978-84-9090-791-7

**ISBN versión electrónica:** 978-84-9090-792-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

*Printed in Spain*

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

<b>Prólogo</b> .....	9
<b>Abreviaturas</b> .....	25
<b>Presentación</b> .....	27
<b>PARTE PRIMERA. Sentido del Derecho Administrativo</b> .....	29
1. Repensar el Derecho Administrativo .....	31
1.1. Contexto complejo, cambiante y expansivo .....	31
A. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Derecho Administrativo? .....	31
B. Asomarse al abismo .....	33
C. Tiempo de reaccionar .....	38
1.2. Los retos para un administrativista comprometido .....	42
A. Sentido de la justicia y sentido de la legalidad .....	42
B. Elasticidad del Derecho Administrativo .....	43
C. La brújula de la disciplina .....	46
D. Cambio de paradigma .....	51
a) El principio de buen gobierno .....	51
b) El principio de buena administración .....	52
c) El principio de «buena jurisdicción» .....	53
2. Triple sentido .....	55
2.1. Sentido de servicio .....	55
A. Lo que a todos importa debe gestionarse por todos .....	55
B. Bajo el volcán, el perplejo ciudadano .....	57
C. El qué: el proteico interés general .....	60
D. El cómo: la buena administración .....	68
E. El interés general nunca llueve a gusto de todos .....	72
2.2. Sentido humanizado y ético .....	74
A. Un Derecho Administrativo frío y deshumanizado .....	74
B. El reverdecimiento del valor ético y de humanidad del poder público .....	76
C. La electrocracia en libertad vigilada .....	81
D. La necesaria interpretación «pro cives» .....	87

	a)	La interpretación de la regulación de los plazos para recurrir desestimaciones presuntas . . . . .	88
	b)	La diligencia exigible por la Administración en los intentos de notificación para abrir paso a la publicación edictal. . . . .	89
	c)	La interpretación de las consecuencias de la falta de remisión del expediente administrativo. . . . .	90
	E.	La equidad como reserva de justicia material . . . . .	93
2.3.		Sentido de control. . . . .	95
	A.	Fundamento. . . . .	95
	B.	Señas de identidad . . . . .	96
	C.	Extensión. . . . .	98
	a)	Las fronteras del territorio controlado. . . . .	98
	b)	El riesgo del descontrol por exceso de control . . . .	100
	D.	Debilidades en presencia . . . . .	103
	E.	Espejismos que deben disiparse . . . . .	106
	F.	Jurisprudencial casacional: luces. . . . .	112
	a)	La Ley formal se alza en barrera insalvable por reglamentos ni actos administrativos . . . . .	113
	b)	Cerco a la potestad reglamentaria: no vale todo. . . .	114
	c)	La motivación formalmente exteriorizada es inexcusable para el sano ejercicio de la potestad discrecional . . . . .	116
	d)	La audiencia no es cuestión de cortesía, sino que afecta al corazón de la motivación y del derecho de defensa. . . . .	117
	e)	El valor de los informes técnicos de los funcionarios es relativo. . . . .	118
	f)	Las cuestiones objeto de debate en el expediente administrativo no pueden alterarse en sede contencioso-administrativa. . . . .	120
	g)	La obligada inaplicación judicial de reglamentos ilegales aunque no se impugnen directa ni indirectamente. . . . .	121
	h)	La resolución expresa extemporánea no puede amparar la inadmisibilidad de la demanda de buena fe frente a la desestimación presunta. . . . .	123
	i)	Retrotraer para motivar no autoriza a reorientar la actuación administrativa en perjuicio del particular . . . . .	125
	j)	La ejecución de sentencias no admite burlas administrativas . . . . .	126
	G.	Jurisprudencia casacional: sombras . . . . .	128
2.4.		Conclusiones . . . . .	130
<b>PARTE SEGUNDA. Sensibilidad del Derecho Administrativo. . . . .</b>			<b>133</b>
1.		La buena fe. . . . .	135

1.1.	El primigenio principio general de derecho . . . . .	135
	A. Contexto ético-valorativo . . . . .	135
	B. Fundamento . . . . .	136
	C. Concepto . . . . .	139
	D. Recepción legal . . . . .	140
	E. Los amigos afines . . . . .	141
	a) Las caras de la bondad . . . . .	141
	b) La buena administración . . . . .	143
	c) La confianza legítima . . . . .	144
	d) La prohibición del abuso de derecho . . . . .	146
	F. Los enemigos declarados . . . . .	147
	a) El peso de la carga de la prueba de la mala fe . . . . .	147
	b) La banalización de las formas y los plazos . . . . .	148
	c) El obstáculo de los actos firmes y la cosa juzgada . . . . .	149
1.2.	La buena fe como canon de actuación de la administración pública . . . . .	150
	A. La nueva percepción de las relaciones jurídico-administrativas . . . . .	150
	B. Informar con presteza y exactitud . . . . .	151
	C. Facilitar la utilidad y desarrollo del procedimiento . . . . .	151
	a) Colaborar activamente . . . . .	151
	b) Aportar las pruebas disponibles en sus archivos y registros, aunque no favorezcan a la Administración . . . . .	152
	c) Aplicar los plazos con prudencia . . . . .	152
	d) Efectuar un serio esfuerzo notificador con la correlativa lealtad del destinatario para recibir lo notificado . . . . .	152
	e) No empujar al particular a recursos con victoria anunciada . . . . .	154
	D. Resolver puntual, razonada y razonablemente . . . . .	154
	a) Resolver en plazo es una obligación legal y su incumplimiento deliberado o negligente revela mala fe . . . . .	154
	b) Resolver en congruencia con lo solicitado por el particular . . . . .	154
	c) Adoptar medidas adecuadas bajo criterios de proporcionalidad . . . . .	154
	d) Ejercer las potestades discrecionales para su finalidad y sin capricho, evitando el abuso de poder . . . . .	155
	e) Interpretar las normas de forma benévola, útil y maximizando los intereses de los particulares . . . . .	155
	E. Saber rectificar . . . . .	156
	a) No procede la retroacción de actuaciones para brindar a la Administración una tercera oportunidad para acertar . . . . .	156

	b)	No procede que el funcionario o autoridad esté pre-dispuesto a desestimar el recurso de reposición o alzada por aquello de no rectificar el error padecido. . . . .	157
	c)	No aferrarse al precedente si la Ley impone otro criterio . . . . .	157
1.3.		La buena fe como defensa frente al riesgo del poder público desorbitado. . . . .	158
	A.	Dulcifica el formalismo mediante la recalificación de los actos del particular . . . . .	158
	B.	Barrera frente a la revisión de oficio de actos declarativos de derechos . . . . .	160
	C.	Freno a los excesos de las potestades administrativas . . . . .	161
	a)	Rechazo de la vía de hecho . . . . .	161
	b)	Impide la retroacción de procedimientos para evitar que se extienda más allá de lo abordado en el acto anulado . . . . .	161
	D.	Antídoto frente al beneficio de la actuación ilegítima . . . . .	162
	E.	Causa de exclusión de la culpabilidad o de la agravación a efectos sancionadores . . . . .	162
1.4.		La buena fe como fuente de derechos o intereses . . . . .	164
	A.	Suministra seguridad jurídica y confianza en la información facilitada al público e interesados . . . . .	164
	a)	Certificaciones y consultas vinculantes . . . . .	164
	b)	La indicación errónea de recursos por la Administración, al notificar el acto administrativo, no perjudica al destinatario . . . . .	165
	c)	La confianza en los requerimientos de legalización, una vez cumplidos, no autoriza a extenderlos . . . . .	166
	B.	Fuente de derechos subjetivos . . . . .	166
	a)	Derecho a exigir responsabilidad patrimonial . . . . .	166
	b)	Del derecho a resarcimiento por enriquecimiento injusto . . . . .	167
	c)	Fuente de atribución de estatuto protegido. . . . .	168
	C.	Fuente de obligaciones contractuales . . . . .	169
	a)	La gestión leal en los contratos. . . . .	169
	b)	La vinculación del pliego de licitación previamente aceptado. . . . .	169
	c)	Excluye excusas fútiles por el incumplimiento . . . . .	170
	d)	La excepcional modulación del cumplimiento de las obligaciones . . . . .	171
1.5.		La buena fe de los empleados públicos individualmente considerados . . . . .	172
	A.	Recepción en el Estatuto del empleado público . . . . .	172
	B.	Menos prejuicios y más empatía hacia el particular . . . . .	173
	C.	La obediencia debida y la buena fe. . . . .	174

	D.	Consecuencias de los incumplimientos éticos de los empleados públicos . . . . .	174
1.6.		La buena fe en los particulares . . . . .	175
	A.	Actuación vinculada por sus actos propios . . . . .	175
	B.	Actuación sin malicia o fraude . . . . .	176
	a)	El caso de la autorización de residencia solicitada por extranjero en que silencia que previamente tenía otros antecedentes negativos . . . . .	176
	b)	El supuesto del promotor de obra ilegal que pretende legalizarla incluyendo lo insubsanable, so pretexto de buena fe . . . . .	177
	c)	El que recurre una adjudicación pese a no participar en el proceso, lo que comporta una multa por mala fe y temeridad . . . . .	177
	d)	El que reclama el cumplimiento de una obligación y ante las pruebas documentales contundentes en contrario, ninguna explicación aduce de este desmentido probatorio . . . . .	178
	C.	Consecuencias de la mala fe del particular . . . . .	178
1.7.		La prueba de la buena fe . . . . .	179
	A.	Casuística . . . . .	179
	B.	Carga de argumentar la mala fe . . . . .	179
	C.	Carga de la prueba de la mala fe . . . . .	180
2.		La doctrina de los actos propios . . . . .	181
	2.1.	Respeto a los actos propios: regla invisible pero tangible . . . . .	181
	A.	Fundamento . . . . .	181
	B.	Requisitos jurisprudenciales . . . . .	183
	2.2.	Conducta de la administración que la vincula . . . . .	185
	A.	Actos administrativos vinculantes . . . . .	185
	B.	Actuación administrativa debilitada . . . . .	186
	2.3.	Conducta del particular que le vincula . . . . .	189
	A.	Actuación sana . . . . .	189
	a)	La vinculación de lo solicitado, alegado o reclamado . . . . .	189
	b)	La vinculación del ejercicio del derecho de opción o elección . . . . .	190
	c)	La voluntad por omisión de lo debido o por no cumplimentar la carga del ejercicio de un derecho, comporta su renuncia o preclusión . . . . .	191
	d)	El transcurso de un largo plazo temporal consintiendo la pervivencia de un acto nulo de pleno derecho . . . . .	191
	B.	Actuación tramposa . . . . .	192
	a)	El causante de un vicio de ilegalidad no puede obtener beneficio . . . . .	192
	b)	Posición interesada primaria que cambia estratégicamente . . . . .	193

	c)    Voluntad consciente y formalmente manifestada . . .	193
3.	El abuso de derecho . . . . .	194
3.1.	Perfil jurídico de un instituto proteico . . . . .	194
A.	El supraconcepto de la buena fe. . . . .	194
B.	El abuso de derecho como concepto jurídico transversal . .	195
C.	Dimensiones en el ámbito público. . . . .	196
D.	Fundamento normativo . . . . .	198
E.	La finalidad legítima descarta el abuso . . . . .	199
3.2.	Visión sectorial del abuso de derecho en las relaciones jurídico-administrativas . . . . .	201
A.	Organización . . . . .	201
B.	Empleo público. Temporalidad . . . . .	201
C.	Contratación pública. . . . .	203
D.	Urbanismo . . . . .	203
E.	Tributario . . . . .	204
F.	Extranjería . . . . .	206
3.3.	La prueba del abuso de derecho . . . . .	206
A.	Aportación al proceso . . . . .	206
B.	Prueba . . . . .	207
4.	El principio de proporcionalidad . . . . .	208
4.1.	Un principio vaporosamente asentado . . . . .	208
A.	Principio general del derecho . . . . .	208
B.	Principio constitucional no positivizado. . . . .	208
4.2.	Principio entreverado en la legislación administrativa. . . . .	210
A.	Discreta recepción en la legislación administrativa general. .	210
B.	Presencia en la Ley de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) . . . . .	211
C.	Presencia en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). . . . .	212
D.	Manifestaciones específicas ante la vulneración de requisitos, formas y plazos . . . . .	212
a)	La proporcionalidad determina la adecuación de las consecuencias de la vulneración de los requisitos a la finalidad de éstos. . . . .	213
b)	La proporcionalidad impone que la exclusión del procedimiento sea por hechos sustantivos y relevantes, y tal consecuencia ha de ser objeto de consideración. . . . .	213
c)	La proporcionalidad impone la simplificación de trámites . . . . .	214
d)	La proporcionalidad impone verificar el sentido, funcionalidad y relevancia de los requisitos formales antes de aplicar rigurosas consecuencias . . . . .	215
e)	La proporcionalidad impone verificar la esencialidad de los plazos . . . . .	215



E.	El abuso de la prepotencia administrativa . . . . .	215
a)	La arbitrariedad, como vicio de enorme desafuero o actuación caprichosa del poder público. . . . .	216
b)	La vía de hecho, como actuación fuera de la competencia y procedimiento establecido . . . . .	216
c)	La desviación de poder, como ejercicio desnaturalizado del poder . . . . .	217
d)	La discrecionalidad ejercida como poder de decisión desnuda de razón o sin apoyo en los hechos determinantes. . . . .	217
e)	Los recursos administrativos convertidos en fuerza mercenaria para consolidar la ilegalidad. . . . .	217
f)	Las actuaciones administrativas tendentes a eludir el cumplimiento de sentencias, o a forzar la legalización de lo declarado ilegal por sentencia. . . . .	218
g)	La actuación pública prepotente. . . . .	219
4.3.	Manifestaciones sectoriales relevantes . . . . .	219
A.	La proporcionalidad como ponderación de intereses. . . . .	219
B.	En el ámbito sancionador . . . . .	220
C.	En materia de subvenciones. . . . .	223
D.	En materia tributaria . . . . .	225
4.4.	Vertiente procesal . . . . .	227
A.	Como motivo impugnatorio . . . . .	227
B.	Como criterio de impulso procesal . . . . .	227
C.	El específico juego de la proporcionalidad al dictar sentencia en materia sancionadora. . . . .	228
5.	La equidad . . . . .	229
5.1.	Recepción constitucional y legal: extensión y límites. . . . .	229
A.	El norte constitucional de la equidad . . . . .	229
B.	La prudente referencia civil a la equidad. . . . .	229
C.	La equidad inútil. . . . .	231
5.2.	La equidad como principio de organización . . . . .	232
A.	Al planificar y organizar los servicios . . . . .	232
B.	«Café para todos» en la gestión de recursos humanos. . . . .	232
5.3.	La equidad como garantía . . . . .	233
A.	La audiencia. . . . .	233
B.	Control a la discrecionalidad . . . . .	233
C.	Criterio de la proporcionalidad . . . . .	233
D.	Freno a la revisión de oficio . . . . .	234
E.	De la igualdad tributaria . . . . .	235
5.4.	La equidad como herramienta de justicia administrativa. . . . .	236
A.	Como sentido lógico que rechaza el absurdo . . . . .	236
B.	Pauta de valoración en justicia. . . . .	237
C.	Freno al impacto de las sentencias estimatorias sobre terceros. . . . .	240

	D.	Parámetro para atenuar las consecuencias de la nulidad radical de los reglamentos . . . . .	240
	E.	Criterio latente en el régimen de imposición de costas . . .	242
6.		La desviación de poder . . . . .	242
	6.1.	La desviación de poder al salón . . . . .	242
		A. Orígenes . . . . .	242
		B. Ámbito . . . . .	243
		C. Notas definitorias . . . . .	243
	6.2.	Recepción jurídica . . . . .	245
		A. La mayúscula recepción legal. . . . .	245
		B. La minúscula recepción jurisprudencial . . . . .	246
		C. Institutos conexos. . . . .	248
		D. Actuaciones viciadas . . . . .	249
	6.3.	Caballos de Troya . . . . .	251
		A. La impunidad punitiva: la levedad de la anulabilidad. . . . .	251
		B. La impunidad subjetiva: criminales sin castigo. . . . .	253
		C. La impunidad objetiva: prueba diabólica . . . . .	253
	6.4.	Vino nuevo en odres viejos . . . . .	256
7.		La malicia procesal . . . . .	258
	7.1.	El abuso de derecho procesal . . . . .	258
	7.2.	Utilización perversa del proceso . . . . .	259
		A. Uso estratégico del proceso (perversión del fin) . . . . .	259
		B. Uso malicioso del proceso (tramposo) . . . . .	260
		C. Uso torpe o confuso del proceso (caótico) . . . . .	261
		D. Uso desorbitado (disparatado) . . . . .	262
	7.3.	Rectitud de la actividad intraprocesal . . . . .	263
		A. Aportación de pruebas por quien mayor facilidad o disponibilidad tiene . . . . .	263
		B. Adoptar posiciones procesales congruentes con el interés que se sostiene . . . . .	263
		C. Mantener conducta ordenada y respetuosa en estrados . . .	264
	7.4.	Lealtad procesal específica de lo contencioso-administrativo: sorpresas, las justas . . . . .	264
		A. De la «jurisdicción revisora» a la «jurisdicción protectora» .	264
		B. Los ampliables motivos de impugnación. . . . .	266
		C. Las inalterables pretensiones . . . . .	266
		D. Las novedosas pruebas. . . . .	268
	7.5.	Lealtad en la fase de ejecución . . . . .	269
		A. Ejecución exacta y sin demoras . . . . .	269
		B. Ejecución sin perjudicar a terceros de buena fe. . . . .	270
	7.6.	La imposición de costas . . . . .	271
8.		Conclusiones . . . . .	272

## Sentido del Derecho Administrativo



## 1. REPENSAR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

### 1.1. Contexto complejo, cambiante y expansivo

#### A. *¿De qué hablamos cuando hablamos de Derecho Administrativo?*

1. En «El Arco y la Lira» (1955), el escritor Octavio PAZ alude a la intencionalidad y significado que tiñe toda la obra del ser humano, concluyendo que «El mundo del hombre es el mundo del sentido. Tolera la ambigüedad, la contradicción, la locura o el embrollo, no la carencia de sentido».

Esta afirmación es válida para las artes, la técnica, las relaciones afectivas o sociales, y para el derecho, y dentro de éste, para el Derecho Administrativo. Esta exigencia de «sentido» va más allá de lo que encierra el «significado».

Curiosamente, el Diccionario de la Real Academia, sobre las palabras o cosas, atribuye al «significado» el valor de «sentido» (acepción 2), y al «sentido» el de «significado» (acepción 9). Los semiólogos aclaran que el sentido trasciende al significado, pues aquél responde al mensaje efectivo y su utilidad en el caso concreto. Sobre esa licencia expresiva, podría decirse que el significado del Derecho Administrativo resulta claro en su definición estática y descriptiva como «Conjunto de principios y normas que regulan la organización y funcionamiento de las administraciones públicas y la vertiente administrativa de los órganos constitucionales».

En cambio, *el sentido de la disciplina remite a la identificación de su funcionalidad específica y verificar si se consigue*: qué es, que debe hacer y qué hace el Derecho Administrativo.

De ahí que de la polisémica palabra «sentido», hemos de inclinarnos por acoger la octava acepción del Diccionario de la Real Academia: «Razón de ser, finalidad o justificación de algo», de manera que cobrará sentido la disciplina si responde a su finalidad, pero en caso contrario, quedará desnaturalizada o privada de sentido.

2. El Derecho Administrativo es el lenguaje del Estado, que todo lo representa para el ciudadano, como tempranamente percibía Adolfo POSADA («Hacia un nuevo derecho político. Reflexiones y comentarios», 1931):

«El Estado, como en otros tiempos la religión, llena y matiza o tiñe todas las actividades del hombre y constituye el eje hoy del pensamiento humano y de la acción. Las actitudes, en efecto, se definen, sobre todo, mirando al Estado; se es su adversario o su entusiasta; se

rechaza o se razona y pide su intervención ante cualquier problema y frente a cualquier dolor social y ante cualquier necesidad colectiva (...) Interviene, por no decir, se entromete, el Estado en cuanto constituye el diario vivir del ciudadano, imponiendo su autoridad, y reclama —según John Marriott "si no la omnisciencia, algo que se aproxima a la omnipotencia"— o la omnipresencia».

3. En sus orígenes procedentes de la cameralística alemana (siglos XVII y XVIII), el nacimiento de reglas administrativas del poder brota vinculado a su control económico a cargo de la Cámara o centro de decisión organizada por los altos mandos del Estado absolutista y que postuló una racionalización de la gestión administrativa, la economía y la actividad de policía desde intereses unilaterales. Unos mandan y otros obedecen.

Sin embargo, el Derecho Administrativo se ganará la autonomía como disciplina jurídica tras la revolución francesa, asumiendo un doble papel, cual carretera de doble sentido. De legitimación del poder y de límite del mismo. Con su estatuto diferenciado del de los particulares, se arma de potestades que se contrapesan con garantías, distanciándose el régimen administrativo continental del *common law* sajón.

Con los vientos constitucionales del siglo XIX y XX el derecho administrativo asumirá el papel sintetizado por Fritz WERNER, como «Derecho constitucional concretizado».

A partir de ahí, el Derecho Administrativo pivotará sobre el alzamiento de reglas técnicas para ordenar la gestión pública, cual piezas de un tablero de ajedrez en que la Administración conserva la iniciativa: potestades, acto administrativo, motivación y discrecionalidad, vía de hecho, responsabilidad patrimonial, recursos administrativos, teoría de la invalidez, fomento y servicio público, etcétera. Técnicas y tecnicismos para armonizar la soberanía de lo colectivo con el respeto a los derechos y libertades de los particulares. Se completará el ropaje del poder con el procedente de la Ciencia de la Administración, pese a contar con zonas secantes (organización).

Además, el Derecho Administrativo se circunscribe al territorio jurídico, huyendo claramente del ámbito cimbreante de la decisión política so pretexto de la neutralidad de la Administración y respeto a la división de poderes. Las fronteras se han fijado convencionalmente excluyendo las grandes potestades constitucionales (legislativa y jurisdiccional) así como las materias propias del gobierno político (política exterior, relaciones institucionales, alta planificación, etcétera) y acudiendo al amojonamiento de los límites en las zonas quebradizas (reglamentos, actos políticos, actos discrecionales, etcétera).

4. El problema práctico es llevar a la realidad ese conglomerado de principios y reglas hacia los sencillos pero irrenunciables objetivos de legalidad y eficacia. No ha sido ni será fácil, sino que más bien se trata de una tarea interminable. Se comprende la radiografía del sistema administrativo efectuada por Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (Fundamentos de Derecho Administrativo, Ed. Ramón Areces, 1988) quien hace más de treinta años apreció:

«...una peligrosa dualidad en la regulación jurídica de la Administración: de una parte existe un *Derecho administrativo oficial*, cuyos principios se recogen en la Constitución y en las principales leyes, y cuya estructura responde fundamentalmente a la del Estado liberal de Derecho. De otra

parte, sin embargo, ha aparecido un *Derecho administrativo subterráneo*, compuesto por reglas y exigencias opuestas a ese núcleo de principios clásicos, que conviven difícilmente con él, bajo la veste de excepciones, o matizaciones de aquéllos principios, pero que de hecho los contradicen (de forma que se llega a situaciones próximas a la esquizofrenia: se proclama solemnemente la vigencia de unos principios, sabiendo más o menos oscuramente que la realidad discurre por canales diversos). Y ha aparecido, también, un *Derecho administrativo marginal*, integrado por técnicas o instituciones de nuevo cuño, nacidas con un escaso respaldo normativo —o con ninguno— y que, por su contradicción con las técnicas y principios estereotipados del Derecho administrativo oficial, no han sido aún "oficializadas", no han recibido carta de naturaleza para hacer su entrada o incorporación solemnes en éste».

5. En la penúltima etapa de su evolución ha sufrido la *europización del Derecho Administrativo* ganando espacio de intereses comunes y valores de más amplio espectro (bajo la fuerza del principio de primacía sobre la habilitación convencional amparada en el art. 93 CE) y la última lo enfrenta a la «globalización» (empujado por el llamado *soft law*), tsunamis que han sacudido sus bases tradicionales e incrementado la permeabilización del derecho interno hacia la recepción de otras fuentes.

En paralelo, el derecho administrativo se ha convertido en colonizador de otras disciplinas y a su vez colonizado. El derecho penal y el derecho administrativo han mantenido en materia punitiva un sistema de vasos comunicantes, evitando la duplicidad de castigo pero optando según la coyuntura política por la administratización o penalización del reproche por las conductas indeseadas que lesionan alguna manifestación del orden público. El derecho privado ha recibido contenidos sustantivos procedentes de normas típicamente administrativas (resultan paradigmáticos el derecho urbanístico, el derecho bancario o la protección del consumidor frente a la sagrada autonomía de voluntad, por ejemplo). Pero tampoco el derecho administrativo ha mantenido la limpieza de sangre. El eminente jurista italiano Sabino CASSESE («¿Hacia un nuevo derecho administrativo», Lección en Bolonia, 26 de octubre de 2015), resaltó la fuerza vitalista y renovada del derecho administrativo que sobrevive al impacto constitucional y asedio de otras disciplinas, lo que le llevó a citar a Horacio cuando afirmó que «La Grecia conquistada conquistó a su fiero vencedor e introdujo las artes en el rústico Lacio»:

«Se constata la cada vez mayor pérdida de identidad (de la disciplina) y se produce tanto la frecuente constitucionalización del derecho administrativo (no sólo de los principios, pues todo el derecho administrativo comienza desde la Constitución, tanto la estatal como la procedente de normas supraestatales) como su privatización (la mayor parte de la acción administrativa ahora se ejerce en formas y manos privadas). Pero a su vez existe una confluencia de otras ramas del derecho hacia el derecho administrativo —que casi se vería desbordado— al constatar otro fenómeno, de signo opuesto, una especie de venganza del derecho administrativo. Señalo sólo un signo de esto: más de la mitad de los asuntos llevados ante el Tribunal Constitucional pertenecen a esta rama del derecho. En resumen, "*Grecia capta ferum victorem coepit*"».

## **B. Asomarse al abismo**

6. El ciudadano soporta el Derecho Administrativo, y el administrativista va más allá, porque le importa e intenta comprenderlo y, si es posible, mejorarlo. Es así como

el administrativista (funcionario, letrado, académico o juez) va acumulando conocimiento y experiencia a lo largo de su vida profesional y acostumbándose a un Derecho Administrativo complejo, cambiante y expansivo. En la alforja de la espalda, el Derecho Administrativo derogado, y en la alforja delantera, el Derecho Administrativo vigente. Aunque no siempre el caminante tiene claro en qué alforja estará lo que busca, ni el uso que tendrá, ni si soportará su peso. El jurista rebusca en el ordenamiento jurídico y debe encontrar la norma vigente adecuada e interpretarla, inspirado siempre en el sentido y la sensibilidad, los porqués y paraqués, de dónde se venía y hacia dónde va del Derecho Administrativo, tomando por referencia la estrella polar de los valores.

7. La mole del Derecho Administrativo actual es pavorosa. En la cúspide se sitúa la Constitución, pues no solo es la norma formalmente superior del ordenamiento jurídico, sino que cuenta con normas materialmente administrativas, además de fijar el sistema de fuentes.

De forma transversal se produce la constante penetración del derecho europeo bajo el principio de primacía y en generosa expansión. Y como columna vertebral del ordenamiento jurídico-administrativo interno se sitúa la cosecha de un legislador estatal y diecisiete legisladores autonómicos, así como de más de ocho mil entes locales que aprueban reglamentaciones (diputaciones, ayuntamientos, ciudades autónomas, entes locales singulares, etcétera) que atienden a la singularidad específica compatible.

Por si fuera poco, los gobiernos estatal y autonómicos aprueban incesantemente reglamentos o modifican los existentes. La densidad, intensidad y complejidad del tejido normativo dificultan la primaria justificación del derecho: la seguridad jurídica. Solo el conocimiento de la norma vigente, con certeza sobre su interpretación, asegura la paz, libertad y justicia que es la última inspiración.

Aceptemos el panorama sobrecogedor expuesto del río administrativo actual. El Derecho Administrativo nace formalmente como fruto empírico de necesidades acaecidas a las que se da salida en las publicaciones oficiales con normas de variado rango para atender problemas emergentes, atendiendo a las necesidades que llaman a la puerta, matizadas con las disquisiciones doctrinales, a fin de alcanzar un orden sistémico; la corriente drena el territorio de las administraciones públicas, y se manifiesta en flujos continuos, crecidas y meandros, constituido por las actuaciones administrativas (expresas, presuntas, inactividades y vías de hecho); finalmente se desemboca en el llamado «derecho practicado», el fruto real de la práctica judicial. Como suele decirse: «la situación es desesperada, pero no grave», y por eso es necesaria su vertebración.

8. Desde la perspectiva de la misión de los operadores jurídicos del Derecho Administrativo se produce un reparto de los papeles frente al monstruo de tres cabezas: normas, interpretaciones y determinaciones.

Una cabeza formada por *las normas oficialmente publicadas y vigentes*. Son normas constitucionales, legales y reglamentarias, que se ofrecen pretendidamente claras y precisas en sus enunciados normativos. Están localizadas en boletines oficiales electrónicos, bases de datos, códigos y recopilaciones normativas (generales y sectoriales). Los problemas son de identificación (por su fuente y ámbito material), articulación y coordi-



nación con las restantes normas (bajo criterios de jerarquía, competencia, delegación o remisión) y de vigencia (temporal y espacial).

Una segunda cabeza está formada por *las interpretaciones de las normas*. Cada enunciado normativo admite su interpretación inspirada en el polivalente art. 3.1 del Código Civil: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Según el criterio elegido por el intérprete como punto de partida, distinta será la meta de llegada. Por eso, en la indagación de la norma e interpretación adecuada al caso concreto, pueden alzarse tantas voces como casos de aplicación de la norma, a cargo de autoridades, funcionarios, órganos consultivos, o del colectivo especializado en indagar la interpretación más adecuada: la doctrina académica.

La tercera cabeza está formada por *las determinaciones, esto es, por las actuaciones administrativas* (omisiones o inactividades, o servicios prestados): Lo que se decidió hay que llevarlo a la realidad. La actuación administrativa (expresa, presunta, inactividad o vía de hecho) está sometida a la norma (que manda, prohíbe o autoriza), pero el acierto se desplaza a un doble plano. El plano de la interpretación de la norma jurídica y el plano de la determinación de los hechos probados y sus consecuencias. En esta última vertiente la Administración asume la mágica labor de declarar hechos probados que provocan la aplicación de la norma administrativa, lo que debe hacer con la ayuda de las pruebas y criterios que suministra la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 77.1 Ley 39/2015), pero las más de las veces enfrentado a la aplicación de estándares de probabilidad relativos a si concurre o no el presupuesto de hecho de la norma (más rigurosos cuando se trata de sancionar o adoptar medidas de gravamen).

El panorama resulta estremecedor, incluso para Alejandro NIETO cuando en sus «Testimonios de un Jurista (1930–2017)» (INAP, 2017) expresa que:

«El Derecho es hoy más incierto que nunca, las leyes no son fiables y menos aún los jueces, impávidos creadores de una jurisprudencia contradictoria; mientras que la doctrina ya no tiene energías para ordenar este caos y ni siquiera ánimos para intentarlo» (p. 232), lo que desemboca en «unas leyes deleznable, una jurisprudencia desacreditada y una doctrina timorata» (p. 233).

9. Por si fuera poco, *los vaivenes técnicos y de protagonismos de los institutos administrativos socavan la estabilidad de la disciplina*.

La potestad sancionadora se expande hasta el infinito en todas las vertientes imaginables. La potestad reglamentaria se nutre de planes e instrumentos de ordenación de todo lo normalizable. Las autorizaciones tradicionales se adelgazan en favor de técnicas de comunicación o declaración responsable, cuyo balance es incierto por un déficit de confianza social. El Estado regulador del mercado, que realmente desregula, se convierte en garante de la competencia y de los servicios esenciales pero sus factores no están exentos de interés particular o celo desmedido por el valor de su tribuna.

La administración tributaria crece desorbitadamente en poderes y se pertrecha de algoritmos de clasificación y predictivos cuya «caja negra» no resulta accesible y a veces tampoco muy confesable o inteligible. Las administraciones independientes se alzan

como ínsulas de diseño autómatas. Lo medioambiental y lo digital comportan perentorias medidas transversales. La población inmigrante contribuye a mantener vivo el Estado, al igual que la población envejecida mantiene ocupados los servicios asistenciales y hospitalarios, pero son colectivos que requieren una reordenación de las administraciones públicas para dar respuestas.

Los actos administrativos se disparan desde procesos automatizados como ametralladoras de última generación sobre una ciudadanía que no entiende el ataque o no sabe cómo actuar. Y ahí se va produciendo el desarme social de la confianza necesaria para que todo se vertebrase con seguridad jurídica. Los actos inválidos son sometidos a *test* de resistencia variable: los pecados veniales de la administración quedan impunes (actos irregulares y actos anulables no recurridos, o sobre defectos formales que no provocan indefensión) y los pecados capitales no ven facilitada su expulsión (siguen siendo ejecutivos e incluso la revisión de oficio de los mismos se somete a límites).

10. La ceremonia de la confusión no se detiene ahí, pues los obreros de la torre de Babel para esta misión de interpretar y esclarecer el sentido de la norma, *son los órganos administrativos* que lo aplican, los órganos consultivos que asesoran, los tribunales administrativos que filtran reclamaciones, y los jueces y salas de lo contencioso-administrativo. Muchas voces a las que les cuesta encontrar la polifonía, una visión armónica compatible, una vez desechada la posibilidad de melodía al unísono. Que, en más ocasiones de las razonables, sobrevuelan en muy distintas visiones sobre asuntos concretos hasta que una jurisprudencia demasiado tardía unifica una realidad retrospectiva, lo que muestra el escenario de una torre de Babel donde unos órganos dicen unas cosas que otros no comprenden o no comparten, y en la que el ciudadano se pierde en distopía. Muchas veces con honradez, pero alguna por interés subconsciente o puro defecto del sistema. Y es que cuando no es fácil encontrar el espíritu de la ley hacemos ley de lo que nos dice nuestro espíritu.

11. ¿Y el ejército en primera línea? Las plantillas de *empleados públicos* tras varios años de congelación de plantillas, tasas de reposición escasas (con un funcionariado, desatendido, mal pagado y seleccionado por un sistema memorísticamente caduco), están envejecidas y anticuadas. Con ese panorama, el funcionario se refugia en un nicho de confort y la autoridad lo acepta. Con un régimen de dedicación, promoción y productividad en manos de jefes no profesionales, solo mitigado por un turbio pacto entre las exigencias sindicales y la paz social; se trata del equilibrio inestable de no remover el avispero durante el breve período de mando de quien lo ejerce, pues no hay nada peor que un motín a bordo. Siempre mejor la paz del cementerio que el arduo camino a la justicia. Se olvida que la competitividad, la motivación y la productividad, no se consiguen con el reloj ni el «café para todos» al servicio de la temporal tranquilidad del jefe político de turno.

A mayores, ante el advenimiento de una inminente etapa de jubilación masiva, en vez de oxigenarse las plantillas con personal preparado en habilidades digitales y servicio público de vanguardia, se produce la incorporación de efectivos procedentes de procedimientos de consolidación para remediar la lacerante temporalidad. Muchas son las energías, tensiones, procedimientos y dotaciones, que se están empleando en aliviar las

plantillas de esa inmensa bolsa de temporalidad en el empleo público, a la que se llegó por esa letal combinación de sumar urgencias objetivas con preferencias subjetivas (sin olvidar la frivolidad imperante en la parte de la clase política que piensa que es un juego lo de asignar el mejor según su capacidad para cada puesto o plaza).

12. Nos quedaba la esperanza de *la doctrina académica*, que con sus aportaciones críticas enriqueciese la disciplina hacia una catedral primorosa, luminosa y perfecta. Sin embargo, tras el renacimiento de un derecho administrativo brillante con la aprobación de la Constitución, tuvo lugar una primera etapa de paciente y lúcida cimentación, pero ante la eclosión de normas y disparidad de jurisprudencia se ha producido una dispersión y fragmentación de la doctrina. Se produce una suerte de la «paradoja de la abundancia» descrita por los psicólogos, ya que el inmenso campo de análisis crítico en un derecho administrativo multidimensional y cambiante provoca la correlativa focalización de estudios sobre aspectos puntuales, dispersos y centrados en la profundidad, más que en la visión contextual y completa de las instituciones y los fenómenos jurídicos en que se expresan. Nunca han dispuesto los profesores de la disciplina de tantas fuentes de recursos de investigación, ni han arrojado tan enorme cosecha de publicaciones, ni tan fácilmente disponibles, escenario de abundancia científica que contrasta con una notoria mayor percepción de inseguridad en letrados, funcionarios y ciudadanos.

13. Pero llegan momentos en que hay que detenerse a la sombra de la razón y pensar en el coloso, y cuestionarse la disciplina. El *to be or not to be* del Derecho Administrativo.

¿Es un derecho al servicio del poder que tutela las libertades que no comprometen su voluntad, o se trata de un derecho al servicio de las libertades que amordazan al poder para que no peligren?

¿Es un arma de su autor o una coraza de su destinatario?

¿Puede el Derecho Administrativo servir de fuente de legitimación al poder, por ser simultáneamente habilitación y control?, ¿no resulta chocante que el propio poder administrativo controlado tiene la última palabra al contar con el señorío reglamentario y estar armado de potestades discrecionales?

¿Debemos entender el Derecho Administrativo como un corsé del poder, sin importar la rigidez del corsé ni el poder a embridar?

¿O debemos considerar que el Derecho Administrativo es un acordeón que toca la melodía apropiada que el músico considera y procede en cada momento, a veces expandiendo el aire de libertad y otras contrayéndolo?

¿Cumple el actual Derecho Administrativo con su función inspiradora de control del poder o por el contrario, como al juego de naipes de las siete y media, no llega o se pasa? Es decir, ¿tiende a ser justo o desequilibrado?

¿Es sostenible un Derecho Administrativo sectorial que establece regulaciones alambicadas y retardatarias, inspirado en la desconfianza y frenar hipotéticas patologías, como en el ámbito de la contratación pública, el urbanismo o el medio ambiente?

¿Puede depositarse la garantía de las libertades y derechos fundamentales en un poder judicial, cuyo instrumento de control (sustantivo y procesal) está hecho a medida del poder controlado?

## Sensibilidad del Derecho Administrativo



## 1. LA BUENA FE

### 1.1. El primigenio principio general de derecho

#### A. Contexto ético-valorativo

135. Nuevos tiempos, nuevos valores, nueva corriente de humanización del derecho administrativo, y como no, nuevos conceptos jurídicos que nutren normas, fundamentan jurisprudencia y marcan conductas, públicas y privadas.

Es así, como el administrativista se familiariza con la penetración de lo que se le antojaban unos bárbaros impetuosos en el reino de las seguras normas: principio de buena fe, principio de confianza legítima, principio de buena administración, desviación de poder, etcétera. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que operan como válvula de seguridad del sistema jurídico proporcionando lealtad y confianza.

La buena fe llama a las puertas del ámbito público, para reclamar su papel interpretativo o modulador del ejercicio de potestades de la Administración y derechos de los particulares, alzándose en pauta a considerar cuando se examina la validez de una actuación pública o la legalidad de una conducta del particular.

Es difícil para cualquier ciudadano cuando valora si una conducta está ajustada o no a derecho, abstenerse de sopesar en su fuero interno si el empleado público que dicta el acto, o el particular destinatario, han actuado de buena fe.

Y es difícil para el juez considerar que la seguridad jurídica se agota con la certeza y rigor de la norma, sin alzar la vista para efectuar un sutil experimento mental sobre valoración de la confianza en los términos de la norma, ya sea de la Administración cuando actúa, como del particular cuando provoca su actuación, lo que requiere un examen casuístico.

La cláusula general de buena fe, en sentido ético y objetivo, ha venido para quedarse. Sus hijos están próximos: *la confianza legítima*, que vela por la confianza desatada en los destinatarios de normas cuando el paso del tiempo consolida expectativas que no pueden verse defraudadas y si lo son, deben ser indemnizadas; *la buena administración*, que persigue la calidad y adecuación de la gestión pública a su misión institucional; *el abuso de derecho*, como hijo prepotente que se ampara en su derecho para no obtener beneficio e incluso perjudicando a otros; y *la desviación de poder*, como hijo descarriado que se

aprovecha de la apariencia de legalidad para perseguir fines ajenos a los que amparan la potestad.

136. El papel del juez contencioso se robustece porque ya no es un mero operario de la máquina jurídica del silogismo que provoca la sentencia (dame los hechos y te daré el derecho), sino que se ve implicado en efectuar juicios de valor que el Derecho no es capaz de predecir o predeterminar para su automática aplicación. Veamos algunos aspectos donde la conciencia y sentimiento del juez afloran:

- Cuando enfrentado al aluvión de normas legales, con fuerza de ley y reglamentarias, una vez identificada la aplicable al caso concreto, se impone ejercer una labor de fino ajuste a los valores (libertad, justicia o igualdad), y además a examinar la confianza generada por la norma en sus destinatarios.
- Cuando aplica las reglas de la «sana crítica» a la valoración de testigos, peritos o documentos, en donde se filtra su intuición, experiencia y percepción de indicios, para forjar su particular convicción de lo cierto o verosímil.
- Cuando se enfrenta a la valoración del daño moral a efectos de responsabilidad patrimonial, como consecuencia de la cada vez más frecuente reclamación de indemnización de tales daños por responsabilidad patrimonial (el ámbito típico es la responsabilidad sanitaria).

Pues bien, la apreciación de la buena o mala fe y su impacto en la razón jurídica de lo debatido, es una difícil pero irrenunciable misión para el juez.

## **B. Fundamento**

137. Cada vez es más frecuente que los ciudadanos se escuden en su buena fe frente a lo que perciben como una agresión de las normas administrativas que les perjudican, ordenan, prohíben o alzan gravámenes. O que tilden de mala fe al funcionario o inspector actuante, y con ello, a la Administración en que se integran. Tampoco faltan particulares denunciados por vecinos, competidores, rivales o terceros, y que aducen la mala fe del denunciante que solo persigue perjudicar sin ningún beneficio. Las palabras proferidas en ámbitos domésticos o sociales buscan su traducción jurídica en el escrito, solicitud, reclamación o recurso administrativo, y llegado el caso, en la demanda o escrito de conclusiones. Y de este modo, en el expediente administrativo o en los autos judiciales se siembra la cuestión de la buena o mala fe, y con ello, debe producirse un pronunciamiento judicial al respecto, sobre su existencia y consecuencias.

El principio de buena fe impera en todas las relaciones jurídicas, aunque siempre ha gozado de un mayor protagonismo en el derecho privado que en el derecho público.

El derecho administrativo puede contar con reglas, técnicas y principios, pero de poco sirve al interés general y a lo justo, si no cuenta con la buena fe de autoridades y funcionarios. Importa mucho el arma, la brújula y lo tecnológico, pero más decisiva es la intención que anima a quien lo maneja.

Las leyes nacen frías y al margen de la intención de quien las aplica, aunque no impide que la ley técnicamente impecable y aplaudida como justa, en malas manos puede producir monstruos o generar situaciones de ilegalidad. Sin embargo, *la buena fe se pre-*

sume y esa presunción se asocia a un principio de neutralidad de las leyes, que subyace en la afirmación del Tribunal Constitucional en la STC 142/2018, al hilo de examinar la constitucionalidad de las normas impugnadas, desterrando hipotéticas perversiones de su aplicación, ciñéndose a examinar la literalidad de las normas y no la intención política subyacente pues su labor de enjuiciamiento

«es exclusivamente de constitucionalidad, de carácter jurídico, no político, ni de oportunidad, ni de calidad técnica, ni de idoneidad. De modo que las intenciones del legislador, su estrategia política o su propósito último no constituyen, como es evidente, objeto de nuestro enjuiciamiento, que ha de circunscribirse a contrastar los concretos preceptos impugnados y las normas y principios constitucionales que integran en cada caso el parámetro de control».

Este planteamiento revaloriza el clásico aforismo de que «gobiernen las leyes y no los hombres», que llevaba a sentenciar a CICERÓN: «El buen ciudadano es aquel que no puede tolerar en su patria un poder que pretenda hacerse superior a las leyes».

138. Debe tenerse presente que el procedimiento administrativo es el lugar de encuentro del interés público de la administración que lo promueve y de los intereses, público o privados, de los interesados en el mismo. El buen desarrollo del procedimiento y que llegue a buen puerto requiere la colaboración de todos, con arreglo a la buena fe.

Tradicionalmente la buena fe en lo administrativo ha sido considerada una humilde Cenicienta, por ser un concepto vaporoso y ético que resultaba incómodo para un mundo regido por normas escritas que dejaban claro lo que se mandaba, prohibía y lo que se gestionaba. No había espacio para la mirada al interior del particular, ni para que fuese relevante la conciencia del empleado público.

Sin embargo, en las dos últimas décadas ha ido ganando protagonismo hasta convertirse en princesa con utilidad específica, por la llamativa singularidad de que, tratándose de conceptos normativos abiertos, que no son tangibles, deben apreciarse en el contexto de cada actuación, cuando la examina el juez, hasta el punto de que la existencia de la buena (o la constatación de su contrario, la mala fe) puede suavizar el rigor de la aplicación de la norma (o hacer caer todo su peso).

El fundamento último de la tutela de la buena fe radica en el respeto que impone la dignidad de la persona (art. 10 CE), que merece un tratamiento sano en sus relaciones administrativas, y como no, en la seguridad jurídica y la prohibición de arbitrariedad (art. 9.3 CE), pues la norma no debe estar sujeta al capricho o malicia de su aplicador. Especialmente se manifiesta en el principio de objetividad de la administración e imparcialidad de los funcionarios (art. 103 CE), pues no se quiere una Administración desconfiada, maliciosa y acosadora, sino una Administración neutral, donde mandan las normas y no los hombres. Si se alza un Estado de Derecho, con una Administración servicial, es para que los ciudadanos confíen en su gestión.

139. Veamos las notas que caracterizan a la buena fe:

- La buena fe es un estándar ético. El estándar de la confianza que debe ser garantizada, lo que dificulta la precisión de su existencia, extensión y límites. Se habla de buena fe subjetiva, cuando quien actúa lo hace creyendo que se ajusta a lo exigible y aceptable socialmente. Y se habla de buena fe objetiva



cuando quien actúa, cualquiera que sea su creencia, se ajusta a lo exigible y aceptable socialmente. Sin embargo, el principio general de buena fe que merece amparo jurídico es el referido a la protección de la confianza que deriva de lo aceptable socialmente, al margen de lo que subjetivamente piense el sujeto.

- Es un principio general del derecho y no una norma jurídica estricta, lo que tiene sus ventajas e inconvenientes. La ventaja de ser principio radica en que posee fuerza para moderar la aplicación o condicionar la interpretación de la norma, y el inconveniente de que requiere la proyección al caso concreto, de manera que su fuerza requiere la ponderación de los derechos e intereses concurrentes.

De ahí que se ha hablado incluso del principio de moralidad de la Administración, en el sentido de que todo empleado público ha de ser ejemplar y su conducta está «*sujeta a ineludibles imperativos de moralidad*» (STS de 18 de mayo de 2004, rec. 3254/1999).

En el ámbito civil la exigencia de moralidad se ha vinculado a la causa exigible a los contratos, y en general a todo negocio jurídico, siendo elocuente la SAP, Civil, de 28 de septiembre de 2000 (rec. 720/1999):

«Hay que señalar también que la causa es ilícita cuando se opone a la Ley o a la moral, considerándose generalmente que la causa se opone a la moral cuando pugna con las buenas costumbres, con el tono ético normal del medio social, concepto flexible que permite al Juzgador apreciar a su prudente arbitrio sobre la ilicitud de la causa, decretando la nulidad del contrato cuya causa pugne con el sentido ético de la generalidad. Se trata de la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas. Precisamente por ello la jurisprudencia ha utilizado el expediente de incorporación e integración de los motivos en la causa para designar la manera como los negocios típicos pueden resultar afectados por el carácter ilícito de los mismos. Cuando se habla aquí de moral se está haciendo referencia a la moral social, es decir, a los principios, éticos de convivencia social vigentes en una sociedad determinada. *Las normas jurídicas tienen siempre un sustrato ético. Lo inmoral será así lo que resulta éticamente inaceptable para la convivencia social.* Se hace por ello necesario valorar los actos humanos de acuerdo con esos criterios de moral social para decidir acerca de su validez. Hay que examinar la racionalidad ética del propósito práctico perseguido por las partes en el contrato, incluso, según la moderna doctrina, cuando la ilicitud afecta al propósito pretendido por uno solo de los contratantes. Como se ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia se ha ocupado de la causa ilícita en repetidas ocasiones y ha utilizado la tesis de los motivos incorporados a la causa para declarar la ineficacia de contratos típicos y objetivamente legales en que los motivos concretos que mueven a las partes son inmorales. A partir de ahí se ha formulado la teoría de la causa concreta, de carácter subjetivo, al margen de los criterios objetivos de regulación de la causa; es decir, se busca en la causa no sólo al fin abstracto y permanente del contrato, sino la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento de la declaración de voluntad (SSTS 22 de diciembre de 1981, 15 de febrero y 1 de abril de 1982, entre otras)».

En suma, el principio de buena fe, que proyecta su luz ética sobre la Administración, sobre sus empleados públicos y sobre los ciudadanos, es un principio general de derecho y como tal, de obligada observancia.

### C. Concepto

140. La buena fe es una noción altamente escurridiza en su precisión, como difícil es su percepción y prueba. Todos nos atrevemos a calificar con ímpetu intuitivo si una conducta está marcada por la buena o mala fe, pero no nos resulta fácil definirlas.

La «buena fe» presenta dos acepciones jurídicas, subjetiva y objetiva.

De un lado, *en sentido subjetivo*, la buena fe es la valoración o creencia personal y en su fuero interno de cada empleado público o del ciudadano sobre lo correcto de su propia actuación (Buena fe-creencia).

Así, la buena fe ampara la sana creencia personal de actuar adecuadamente en un determinado escenario o situación administrativa; la «mala fe» sería la actuación consciente de actuar de forma inadecuada. Esa bondad inherente a la buena fe puede teñir de magnanimidad las consecuencias de la conducta.

De otro lado, *en sentido objetivo*, la buena fe es la valoración social de la conducta concreta como razonable, honesta y leal, y que es de esperar en el común de las personas, que lleva a que la sociedad (aunque no se ajuste a la letra de la norma) la acepte o considere no merecedora de intenso reproche (Buena fe-probidad).

La «mala fe» sería la actuación ostensiblemente torpe, aunque no sea consciente de ello el afectado, que resulta incongruente con lo que la sociedad espera, o contradictoria con los propios actos del interesado.

La STS, Civil de 6 de julio de 2002 (rec. 3922/1996) precisa las dimensiones del instituto de la buena fe:

«La buena fe, ya como elemento de un supuesto de hecho normativo, ya como principio general (norma jurídica completa), y ora en su perspectiva subjetiva de situación psicológica de creencia o ignorancia, o estado de conocimiento (con que se manifiesta en el campo de los derechos reales, arts. 451 y sgs., 433, 1473 y 1950 CC y 34 LH), ora en la objetiva de conducta ética o comportamiento honrado, justo y leal (aplicable en sede de obligaciones y con relación al principio general en el ejercicio de los derechos, arts. 7 y 1258 CC), no necesita ser probada, de tal modo que corresponde la prueba a quién sostenga su inexistencia».

141. El legislador, sea por razones de economía legislativa o sea por imposibilidad de agotar la casuística, no efectúa una regulación persiguiendo la titánica misión de fijar supuestos tasados de buena o mala fe, o que encierren la presunción de su existencia o inexistencia en los distintos ámbitos o sectores de la realidad. Por eso la buena fe subsiste como concepto jurídico indeterminado de textura abierta, como pueden ser conceptos cotidianos como la belleza o la verdad.

El legislador se limita a fijar la obligación genérica de la «buena fe» pero dejando su cristalización en el caso concreto en la labor del juez en una triple dimensión: a) al aplicar e interpretar la norma (sin perder de vista la tutela de la sana confianza inherente a la buena fe); b) al valorar las pruebas del caso para apreciar las circunstancias de la conducta del afectado que determinan la existencia o falta de buena fe; y c) al fijar las consecuencias de esta valoración.

El propio Tribunal Supremo ha realizado un esfuerzo por precisarlo, poniéndolo en conexión con el abuso de derecho en la STS de 26 de julio de 2006 (rec. 2393/2003):

«Cabe recordar algunas de las afirmaciones de este Tribunal Supremo referidas al concepto de la mala fe, como son aquellas que la ligan con la conducta deshonesta y desleal en las relaciones de convivencia, o con la que no se adecua a las exigencias imperativas éticas clamadas por la conciencia social en un lugar y momento histórico determinado, o con la que responde a una finalidad económico-social que es distinta de aquélla para la que se atribuyó el poder en que consiste el derecho subjetivo, o con la que es contradictoria con una anterior conducta generadora de confianza; y recordar, también, que la doctrina reiterada de este Tribunal Supremo requiere para poder apreciar el abuso del derecho que se revele de modo patente, manifiesto y claro que la intención o propósito sea sólo el de causar daño a otro sin que resulte provecho para el agente, no actuando abusivamente quien utiliza su derecho respondiendo al mismo criterio finalista que el que inspira a la norma legal atributiva de él. Nada de todo ello está presente en aquel razonamiento de la Sala de instancia».

142. Partiendo de esta importante sentencia podemos derivar en sentido amplio, hasta cuatro dimensiones o significados de la noción de «Mala fe»:

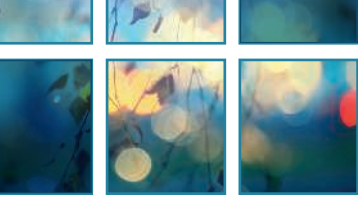
- a) Conducta deshonesta y desleal en las relaciones de convivencia (Inmoralidad).
- b) Conducta al amparo de una norma que no se ajusta a los imperativos éticos reclamados por la conciencia social en el contexto de tiempo, lugar y circunstancias (Abuso de Derecho).
- c) Conducta que se ampara en una potestad (si actúa la Administración) o en un derecho subjetivo (si actúa el particular) pero que no se ajusta a la finalidad que fundamentó su reconocimiento jurídico (Desviación de Poder).
- d) Conducta contradictoria con otra anterior que generó confianza en terceros (Actos propios).

143. Ahora bien, no debe olvidarse que *la relación jurídico-administrativa es formalmente bilateral*, aunque materialmente pueden distinguirse tres actores con conciencia propia del valor de su actuación; la administración, como persona jurídica, que cuenta con una conciencia virtual o ficticia de su razón de actuar; el empleado público que interviene en el procedimiento y actúa con conciencia íntima de si hace o no lo que corresponde; y como no, el particular que sabe si actúa con lealtad según las circunstancias (incluso en ocasiones hay procedimientos donde concurren particulares con intereses enfrentados y los ángulos de conflicto se incrementan).

Por eso, como regla general, podemos afirmar que la buena fe tiene proyección trilateral. Se impone a la Administración en su actuación, considerada como persona jurídica; se impone a los empleados públicos, considerados como agentes o titulares de órganos; y se impone a los particulares en sus relaciones con la Administración. Eso no impide, claro está, que dado que los funcionarios son titulares de órganos cuya voluntad o juicio se imputa a la persona jurídica-pública, opere una traslación de los vicios de aquéllos a ésta.

#### **D. Recepción legal**

144. La buena fe se ha convertido en *un principio general de derecho, que está positivizado en el ordenamiento jurídico*, en lo sustantivo, procedimental y en lo procesal.



**E**l Derecho Administrativo se ofrece como una mole pavorosa de principios y normas, sometida a incesante cambio y expansión. Sufrir el impacto de la globalización, del derecho europeo, de las nuevas tecnologías y la influencia de los mercados, así como el fruto de las autonomías políticas y administrativas, en un contexto donde crecen las demandas sociales y se amplían los espacios de exigencia de intervención pública.

El resultado es un contexto jurídico-público de perfiles deshumanizados y lastreado de dogmatismo, en que el legislador gruñe a todo lo que se mueve, el ejecutivo muerde más que protege, y la jurisprudencia ladra más que muerde.

Esa sombría percepción del autor, resultado de su experiencia como magistrado, funcionario y académico, le lleva a asumir el reto de descifrar el sentido y utilidad del derecho administrativo, así como exponer las puertas de la sensibilidad ética.

El sentido de la disciplina es trino: servicio al interés general, garantía ética y de valores, y para su efectividad, control de su cumplimiento. Su salvaguarda impone nuevos paradigmas que devuelvan al derecho administrativo su majestuoso brillo: el buen gobierno, la buena administración y la buena jurisdicción.

En paralelo, funcionarios y jueces deben extraer el máximo fruto de los estrechos portillos a la sensibilidad en la disciplina, consistentes en los institutos de la buena fe, los actos propios, el abuso de derecho, el principio de proporcionalidad, la equidad o la desviación de poder, así como la lealtad procesal, válvulas de humanidad que son analizadas por el autor con su huella jurisprudencial y su real potencialidad al servicio de la justicia.

ISBN: 978-84-9090-791-7

