

V. JURISPRUDENCIA

SUMARIO

A) COMENTARIOS MONOGRÁFICOS: *La desviación de poder, y otras cuestiones, al resolver un concurso de Recaudador municipal con gestión afianzada.*

B) RESEÑA DE JURISPRUDENCIA: I. *Beneficios a las Corporaciones locales.*
1 Exención de Timbre.

II. *Contratación administrativa.* 1. Indemnización a licitador indebidamente excluido de la adjudicación. 2. Industrial licitador que no está dado de alta en la contribución industrial.

III. *Expropiación.* 1. El Jurado valora, pero no declara derechos. 2. Alcance del artículo 43 de la Ley de Expropiación.

A) COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LA DESVIACIÓN DE PODER, Y OTRAS CUESTIONES, AL RESOLVER UN CONCURSO DE RECAUDADOR MUNICIPAL CON GESTIÓN AFIANZADA.

Antecedentes.

1.º El Ayuntamiento de Sabadell convocó un concurso para el nombramiento del cargo de recaudador de las exacciones municipales que se detallaban, mediante gestión afianzada.

2.º Las Bases conforme a las cuales se anunció el concurso establecían: que el contrato comenzaba a regir el 1 de enero de 1938 y habría de terminar el 31 de diciembre de 1960; que la cantidad mínima a afianzar por el gestor habría de ser la de 2.300.000 pesetas, descompuesta en la forma que indicaba; que el gestor habría de ingresar en Depositaria municipal del 1 al 5 de los meses de enero, abril, julio y octubre el importe de un trimestre de la anualidad afianzada; que los derechos del mismo habrían de ser los que se comisionaban y las obligaciones las que también se fijan en las Bases novena y décima, y, así bien, que el contrato correrá a riesgo y ventura del gestor, sin que le sea dable solicitar rescisión, novación ni modificación por ninguna causa ordinaria ni extraordinaria.

En la Base undécima se establecía: Todos los españoles, *mayores de edad*, que no se hallen incursos en ninguna de las causas de incapacidad a las que se refiere el apartado tercero del artículo 734 de la Ley de Régimen local, podrán solicitar tomar parte en el concurso,

debiendo acompañarse el resguardo acreditativo de haber efectuado el depósito de 115.000 pesetas como fianza provisional.

La Base décimoquinta, dice así: «El excelentísimo Ayuntamiento se reserva el derecho de adjudicar el concurso a la persona o entidad que, a su juicio, reúna las mejores condiciones de competencia o garantía, o declararlo desierto, sin que por ello los concursantes puedan formular ningún recurso, ya que la Administración municipal obra en estos supuestos en ejercicio de la potestad discrecional de que se halla revestida».

3.º Expuestas al público las Bases del concurso no se formuló reclamación alguna contra las mismas. Y celebrado concurso se hizo el nombramiento provisional a favor del señor Ríus, habiéndose adoptado por el Ayuntamiento Pleno, tres días después, el acuerdo de nombramiento definitivo.

4.º Recurrida la resolución del concurso ante el Tribunal provincial de la Jurisdicción, éste mantuvo la adjudicación hecha por el Ayuntamiento de Sabadell; y apelada la sentencia ante el Tribunal Supremo, éste la revoca, y anula el acuerdo del Ayuntamiento por el que se hizo la adjudicación definitiva al señor Ríus, y declara que, anulado aquel acuerdo, procede nombrar para la plaza controvertida a la entidad recurrente, que era «Explotaciones y Concesiones Administrativas, S. A.».

La sentencia del Tribunal Supremo, de la cual ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Cerviá Cabrera, dice así:

1.º CONSIDERANDO: Que, planteada en el escrito de demanda en primera instancia y reiterada en el acto de la vista ante este Tribunal, la nulidad de la resolución del concurso, por haberse tomado el acuerdo de nombramiento del señor Ríus, sin cumplir, en la tramitación del expediente, con determinadas garantías, de orden formal, se hace preciso, en primer término, resolver esta cuestión pues, por su índole, de aceptarse la tesis de la parte apelante, tendría que anularse la designación efectuada y, en su consecuencia, revocarse la sentencia dictada por el Tribunal provincial de Barcelona, que confirmó el nombramiento que se impugna, por lo que es ineludible examinar los considerandos segundo y tercero de la mencionada sentencia, que a este particular se contraen y como resultado de ello, es obligado declarar que la doctrina jurídica en los mismos es errónea, por cuanto que, el artículo 36 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales del 9 de enero de 1953, si bien es cierto que se encuentra comprendido dentro de la sección segunda del capítulo segundo del mismo, que se refiere a las subastas, no es menos evidente que es de obligada observancia en los concursos, por así imponerlo el artículo 40 del propio Reglamento —comprendido en la sección tercera de dicho capítu-

lo, relativa a éstos—, el cual ordena que «los concursos se desarrollarán según lo prescrito en la sección segunda del presente capítulo» y aun cuando añade «con las salvedades siguientes», ninguna de las cinco que a continuación consigna se refieren a lo determinado por el artículo 36 citado, sobre que «dentro de los cinco días siguientes al en que se hubiere celebrado cualquier licitación ; los firmantes de las proposiciones admitidas y los de las desechadas que hubieren mostrado su disconformidad, podrán exponer por escrito, ante la Corporación, cuanto estimen conveniente respecto a los preliminares y desarrollo del acto licitatorio, capacidad jurídica de los demás optantes y adjudicación definitiva», trámite que es manifiesto quedó incumplido, por cuanto que habiéndose efectuado el acto de apertura de pliegos, por el Tribunal para ello designado, en cumplimiento de la base 13 del pliego de condiciones del concurso, en 24 de diciembre de 1957, la sesión del Pleno municipal, en que se llevó a cabo el nombramiento del señor Ríus, tuvo lugar el 27 del mismo mes, es decir solamente tres días después y aún más, computando entre ellos, uno inhábil.

2.º CONSIDERANDO: Que, frente a lo terminantemente preceptuado en el artículo 40 antes citado, son inoperantes los razonamientos del segundo considerando de la sentencia apelada, pues no cabe afirmar su inaplicabilidad, deduciéndola del hecho de que uno de los extremos sobre los cuales podrían versar las alegaciones de las partes, según el referido artículo 36, es el relativo a la adjudicación provisional, no existente en los concursos, en los cuales se da por terminado el acto con la apertura de los pliegos, sin efectuar aquélla, pues aparte de no ser exacto se pretenda aplicar dicho precepto por extensión, sino en ejecución estricta de su letra, lo que no es acertado es afirmar que las alegaciones del artículo 36 pueden referirse a las «adjudicaciones», dejando entrever que se abarcan las provisionales, cuando del texto literal de tal precepto, consignado en el anterior considerando, se observa que las mencionadas alegaciones han de argumentar sobre la futura «adjudicación definitiva», y ello aparte de que, ni aun en el supuesto de que fuera cierto lo establecido en dicho considerando de la sentencia apelada, la inexistencia de uno de los extremos sobre los cuales pudieran alegar los concursantes, o sea la adjudicación provisional, puede privarles del derecho de hacer las manifestaciones que consideraran adecuadas sobre los demás elementos del concurso, que señala concretamente el artículo 36 tantas veces citado, es decir, sobre los preliminares y desarrollo del acto licitatorio, capacidad jurídica de los demás optantes y adjudicación definitiva.

3.º CONSIDERANDO: Que, la salvedad cuarta. del artículo 40 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, de fecha 9 de enero de 1953, no implica más alteración a lo normado por el ar-

título 36 anterior, que la inexistencia de adjudicación provisional, que en las subastas se efectúa, y la obligación de pasar «el expediente a los Servicios competentes de la Corporación, o en su defecto, a los técnicos que designe la misma, para que informen acerca de la mayor o menor ventaja de las proposiciones presentadas», pero no añade la supresión de la facultad de los concursantes, en actos posteriores al de apertura de pliegos, de alegar cuanto estimen conveniente sobre los extremos a que el artículo 36 se contrae, sino que, al contrario, establece un requisito más, como única forma de garantizar a los administrados el buen uso de la amplia facultad resolutoria que tienen las Corporaciones en los concursos, ya que mientras en las subastas juega fundamentalmente como factor excluyente la mejor propuesta económica, en aquéllos, además del expresado y muy calificado elemento, tienen que valorarse otros distintos, como la suficiencia o conocimientos de los concursantes, garantías morales o financieras de los mismos, avales que aporten y actuación profesional anterior, entre otros; y esto aparte de que, si en una subasta, a pesar de que se adjudica al mejor postor caben alegaciones, más precisas son éstas en un concurso, cuando al abrirse los pliegos vienen a ser conocidos por los demás proponentes y deben entonces argumentar sobre las mayores ventajas o mejores condiciones de sus ofertas; siendo por esto que, el artículo 44 del propio Reglamento, sobre el plazo de sesenta días señalado, en su apartado cuarto, para la adjudicación definitiva de las subastas, otorga uno más amplio, de noventa días, para resolver los concursos, contados desde la apertura de las plicas, sin duda alguna por la mayor tramitación y asesoramientos que la resolución de éstos requieren sobre aquéllas.

4.º CONSIDERANDO: Que, sentado cuanto antecede, y reconocida la evidente infracción de lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, sería consecuencia lógica declarar la nulidad de los acuerdos municipales recurridos y del nombramiento efectuado en favor del Sr. Ríus, debiendo reponerse el expediente al trámite en que la infracción se cometió, o sea, volviendo a abrirse el plazo de cinco días para que los concursantes, a partir de la apertura de los pliegos conteniendo las propuestas, puedan alegar lo que consideren pertinente, de acuerdo con dicho precepto; ahora bien, establecida en forma constante, en beneficio de promover la seriedad administrativa y por economía procesal, la doctrina jurisprudencial —mantenida, entre otras, en sentencia de 16 de marzo de 1959 y acorde además con lo dispuesto en el artículo 293 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, de 17 de mayo de 1952— de que «los actos o acuerdos no podrán ser anulados por defectos de trámite, salvo que sean esenciales o produzcan indefensión, en cuyos supuestos habrá de reponerse el expediente al momento procesal en que se cometió la falta», es obligado reconocer que, en el caso

presente, como se consigna en el tercer considerando de la sentencia apelada, no se ha producido la posible indefensión, pues la sociedad interesada o recurrente produjo en el plazo de cinco días, su escrito de alegaciones y aun cuando realmente éstas debían haber sido tenidas a la vista antes de adoptar el acuerdo resolutorio del concurso, al pasar posteriormente a ser consideradas en la resolución del recurso de reposición fueron tenidas en cuenta, aun cuando sólo para no estimarlas y no se produjo una omisión esencial insalvable, que dejara indefensos a los accionantes, ya que aquella omisión municipal fué subsanada por éstos y la reconsideración posterior que de sus alegaciones hiciera la Corporación.

5.º CONSIDERANDO: Que, en íntima relación con el defecto formal referido, aparece también citado por el apelante lo que concierne a la omisión del pase de las actuaciones administrativas, una vez abiertos los pliegos que contenían las propuestas, a informe de «los Servicios competentes de la Corporación o, en su defecto, a los técnicos que designe la misma», como previene el apartado cuarto del artículo 40 del Reglamento de Contratación antes mencionado, sobre cuyo extremo aun reconociendo no se ha cumplido literalmente, ya que no ha tenido lugar, en debida forma, el pase del expediente a los servicios o técnicos competentes para que informaran, sin embargo es pertinente hacer idénticas apreciaciones a las contenidas en los considerandos anteriores, sobre no haberse producido indefensión en orden a los derechos del recurrente, pues dicho trámite, esencial para el conocimiento por la Corporación de las condiciones o ventajas de las ofertas, se cumplió aunque fuera en forma defectuosa, ya que aparece sustituido en la base 13 del concurso, con la facultad que se otorga a la Mesa, que debía exclusivamente abrir los pliegos de las proposiciones, de constituirse en Tribunal para examinar éstas y hacer la propuesta de la que considerara más ventajosa, sin que quepa atribuirle facultad resolutoria, a pesar de que así aparece de la letra de la citada base, por impedirlo el artículo 126 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, que prohíbe tengan el carácter de acuerdo los informes de las Comisiones y la delegación de las atribuciones que corresponden al Ayuntamiento o Alcalde de aquélla, hizo efectivamente y por cuanto además, al parecer, según resulta de la prensa local y no han contradicho las partes, aun cuando no figura constancia de ello en las actuaciones administrativas, informaron sobre dichos extremos el Secretario y el Interventor de la Corporación, únicos funcionarios técnicos de la misma capacitados para hacerlo.

6.º CONSIDERANDO: Que, convalidadas las infracciones administrativas señaladas anteriormente e impugnando también el nombramiento del Sr. Ríus, con base en los artículos 742 de la Ley de Régimen local y 28 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre

de 1948, es de rechazar tal pretensión de la parte actora, pues ninguno de ellos establece causas de incapacidad, que imposibiliten la obtención del cargo controvertido, en el caso de que el Sr. Rius estuviere comprendido en sus preceptos, pues al establecer el primero que «las disposiciones que regulan la recaudación de las Contribuciones e Impuestos del Estado serán aplicables a las exacciones municipales y provinciales», no hace otra cosa que imponer las normas comunes del mencionado Estatuto recaudatorio a los diversos sistemas o procedimientos provinciales o municipales de cobranza y exacción, e igualmente; el segundo de aquéllos, al ordenar que «el cargo de Recaudador es incompatible con el ejercicio, dentro de la propia zona, de cualquier industria o comercio, bien directamente o por medio de persona interpuesta», se limita a señalar motivos que impedirían el desempeño de la plaza obtenida, pero no su concesión, que es la cuestión que se litiga.

7.º CONSIDERANDO: Que, aparte lo expuesto, el Estatuto de Recaudación no es aplicable a la esfera de la Administración local, en lo que se refiere a condiciones para desempeño del cargo referido, pues la primera disposición adicional del Reglamento de Haciendas locales de 4 de agosto de 1952 dispone que «para las materias no reguladas por la Ley o por este Reglamento, se aplicará la Ley de Administración y Contabilidad del Estado y demás disposiciones de la Hacienda pública» y como quiera que el artículo 734 de la Ley de Régimen local, en su párrafo tercero, señala concretamente quiénes no podrán ser nombrados gestores afianzados para la recaudación, no es de aplicación ninguna norma legal supletoria, por lo que no constando esté el Sr. Rius «incapacitado para desempeñar cargos públicos o para el ejercicio del comercio», ni siendo «miembro de la Corporación» o «deudor a la Hacienda estatal, al Municipio o a la Provincia» y no teniendo la condición de «extranjero», es indudable que no ha surgido impedimento alguno que obstaculice su designación por falta de capacidad jurídica para obtenerlo.

8.º CONSIDERANDO: Que, completan esta materia de incapacidades e incompatibilidades, en lo que afecta a la contratación de servicios públicos de las Corporaciones locales, los artículos 4.º y 5.º respectivamente, del Reglamento de dicho nombre, de fecha 9 de enero de 1953, por lo que, no habiéndose demostrado que el Sr. Rius se encuentre comprendido en ninguna de las seis motivaciones de incapacidad que señala el primero de dichos preceptos, al no estar condenado, ni procesado, no siendo deudor de la Administración local, ni estar en suspensión de pagos, no habiendo sido causa de resolución de contratos administrativos y tener la libre disposición de sus bienes, no es procedente anular su nombramiento por tal causa y asimismo, tampoco es pertinente realizarlo por motivo de incompatibilidad, al no estar acreditado que esté incurso en alguno de los

cinco motivos que pueden producirla, dado lo que establece el segundo de dichos artículos —ya que, ni ostenta cargo de autoridad en la Corporación, ni aparece como pariente de quienes lo tengan, no siendo funcionario público en activo, ni miembro de Sociedad contratante—, por lo que, en su consecuencia, es obligado confirmar, en este extremo, el criterio expuesto en los considerandos anteriores, que induce a desestimar la petición de la parte actora y apelante; ello independiente de que, en caso de incompatibilidad, sea aplicable el artículo 39 del Reglamento de Funcionarios de Administración local, de 30 de mayo de 1952 —los gestores afianzados son, por así ordenarlo el párrafo cuarto del artículo 734 de la Ley de Régimen local—, según el cual se dispondrá de un plazo máximo de quince días, para cesar en el cargo o en la función incompatible, pudiendo optar por cualquiera de ellos y decretándose la cesantía sólo en caso de que no se hiciera, a lo que no hubo lugar en el caso presente, ya que, al parecer, se realizó tal opción, pues está acreditada su baja en la contribución correspondiente y el alta de otra persona, si bien no se ha presentado el documento de traspaso de propiedad del comercio o negocio, aun cuando legalmente fuera todo esto innecesario.

9.º CONSIDERANDO: Que, en consecuencia de lo expuesto, en la hipótesis de que le hubiere correspondido el cargo de Recaudador afianzado a la sociedad recurrente, tampoco le sería de aplicación el apartado segundo del artículo 24 del Estatuto de Recaudación citado, ya que ha quedado consignado sólo es aplicable en cuanto los procedimientos recaudatorios y no en lo que concierne a las condiciones para desempeño de los pertinentes cargos, por lo que serían inoperantes los requisitos que exige de que los recaudadores del Estado sean «varones y mayores de edad», pues aparte de que también confiere dichas plazas la Hacienda pública a entidades jurídicas, como las Diputaciones provinciales, según su artículo 12, existen normas concretas en la Ley de Régimen local que regulan cuanto se refiere a los distintos procedimientos de recaudación, cual sus artículos 731 al 743, sin que en ninguno de ellos se exija tal requisito o condición, sino al contrario, en determinados casos, se da preferencia a sociedades para el desempeño de dichos cometidos, como el que señala el párrafo tercero del artículo 735 de la misma, por cuya circunstancia no podría ponerse impedimento a la designación de la entidad recurrente y máxime cuando, como ocurre en el caso presente, la Base 15 del concurso, no impugnada por nadie y a las que se han sometido los litigantes, sin que sea a éstos lícito ir contra sus propios actos, señala la facultad municipal de adjudicar el concurso «a la persona o entidad, que a su juicio reúna las mejores condiciones de competencia o garantía», con lo que claramente se ha reconocido la posibilidad de obtener dicha plaza una persona jurídica o ente no individual, como la Sociedad apelante, y sin que a ello sea obstáculo la condición de funcionario público que otorga al

gestor el párrafo cuarto del artículo 734 de la Ley de Régimen local, pues sólo es, mientras desempeña el cargo, de naturaleza transitoria y a los fines de que puedan ejercitar las atribuciones correspondientes a ellos y estén sujetos a la disciplina jerárquica que para los mismos rige, pero sin adquirir dicha condición en forma definitiva, ni crear por ella derechos pasivos, o sea que realmente, no son funcionarios, sino que ostentan únicamente tal carácter en el ejercicio de la función contratada con la Administración municipal, cosa que perfectamente es atribuible a una persona jurídica o sociedad.

10.º CONSIDERANDO: Que, no obstante cuanto antecede, es el deber del Tribunal de juzgar —conforme el artículo 43 de la Ley—, al haberse solicitado por el apelante en la vista, no sólo la anulación del acto, ya interesada en la demanda, sino el reconocimiento de la situación jurídica individualizada —artículos 41 y 42 de la misma— con base en la desviación de poder, queda por examinar el uso efectuado por el Ayuntamiento de Sabadell de la facultad discrecional que se atribuyó en la Base 15 del concurso, para otorgar la discutida plaza de Recaudador con gestión afianzada, puesto que, del texto consignado en aquélla resulta que, se reservó el derecho de adjudicarla a quien «a su juicio reúna las mejores condiciones de competencia y garantía», de donde no puede deducirse una omnimoda potestad de verificar la adjudicación a quien caprichosamente le pareciera, sino que es obligado busque, entre los concursantes, a la persona o entidad que reúna dichas «mejores condiciones de competencia y garantía»; pues así autolimitó sus facultades y aunque la apreciación de aquéllas la dejaba «a su juicio», éste no puede tener tal margen de actuación que deba pasarse por él en todo caso, como resalta, en forma evidente, del examen de la vigente Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, en su artículo 40, que como dice su Exposición de Motivos, «al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa... no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que... la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho... La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad... La discrecionalidad... justifica la improcedencia...; no en tanto el acto es discrecional sino en cuanto, por delegar Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración, según el interés público, del elemento del acto de que se trata y haber actuado el Organó con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo»; de donde resulta que, en los titulados actos discrecio-

nales cabe examinar dos circunstancias esenciales de los mismos, si la Administración tenía facultades para configurarlos a su arbitrio y si efectuado esto, ha actuado de acuerdo a Derecho, entendiéndolo por tal no sólo con sujeción a las normas que ella hubiera fijado, sino sin faltar en su resolución al interés público, norma fundamental de toda actividad administrativa, al que ésta debe siempre servir, ya que en el mismo tiene la razón de su existencia.

11.º CONSIDERANDO: Que, abona este criterio, sobre posible revisión jurisdiccional, en la vía contencioso-administrativa, de los llamados actos discrecionales, el sucesivo progreso en la elaboración de la doctrina científica sobre ellos, pues mientras hubo un tiempo en que se estimaba bastante fiscalizar la potestad reglada de la Administración, para considerar al particular a salvo del actuar arbitrario de la Autoridad, con pleno desarrollo del recurso subjetivo, el sistema se fué extendiendo, pasándose al recurso objetivo, en el que no se discutía la lesión de un derecho particular, sino la legalidad del acto administrativo, es decir, si éste había violado alguna regla jurídica; pero, no obstante, tal fiscalización, el control jurisdiccional no podía entrar en juego cuando se ejercitaba una facultad discrecional, pues todo cuanto no hubiese sido normado anteriormente no podía ser materia de impugnación, y por ello, al seguir avanzando en su evolución el Derecho, se llegó a una nueva etapa, en que ya fué posible discutir si los actos administrativos no reglados habían cumplido su fin legal, precisando si la actuación discrecional del órgano público pudiera considerarse válida, entrándose a investigar los motivos que le impulsaron a dictar su acto, con lo cual ya no se examina sólo la mera legalidad de éste, sino el mantenimiento del espíritu de la Ley y del buen obrar administrativo, estatuyéndose así el llamado recurso por desviación de poder, que viene a constituir la última expresión de la idea limitadora de la posible arbitrariedad de la Administración.

12.º CONSIDERANDO: Que, en la desviación de poder, el vicio de nulidad no se encuentra ni en la incompetencia, ni en el defecto de procedimiento, ni en la violación de una situación jurídica preexistente, puesto que el acto ha sido dictado por funcionario u órgano competente, reviste la forma procesal requerida y ha respetado externamente la regla de Derecho, sino que corresponde a un orden superior al de la simple legalidad, a la esfera de la Ética, por lo que la Moral y el Derecho aparecen en íntima conexión, y, a través de este recurso, aquélla viene a restaurar su imperio en la órbita de la Administración.

13.º CONSIDERANDO: Que, la teoría de la desviación de poder, se basa en la idea de que la Ley, de donde arranca la facultad de decisión de la Autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir y que el acto que dicte sólo será válido si realiza este fin,

el cual es el elemento que determina la validez de la actuación del órgano público y si el acto en que ésta se concreta no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley, estando desvinculado de su espíritu, faltándose al obligado ligamen entre la idea de poder y la idea de fin del servicio, por lo que, el acto ejercitado, no obstante su apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva, pudiendo afirmarse que la desviación de poder viene a descubrir la antinomia que cabe exista entre la legalidad y el derecho, imponiendo la exigencia de pronunciar la nulidad del acto administrativo cuando ha cumplido con preceptos formales, pero no lleva en su entraña el elemento anímico que justifica su existencia en el ordenamiento jurídico.

14.º CONSIDERANDO: Que, en el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder, se fiscaliza si el acto en que se concreta la potestad discrecional ha cumplido el fin del buen servicio, examinando una noción de legalidad singular, que no es la que respecta a competencia o violación de regla jurídica formal o material, sino a si la procedencia legal está calificada por la idea de la buena administración, es decir, si el acto recurrido ha satisfecho el interés general y el buen servicio, o si por el contrario, en su acuerdo, han prevalecido fines distintos, que no es preciso consten expresados en el expediente, bastando que del examen de éste puedan deducirse, llegándose a formar la convicción de que se ha cometido la desviación de poder.

15.º CONSIDERANDO: Que, la fiscalización de los motivos, que realiza el recurso por desviación de poder, tiende a comprobar si los consignados en el acto administrativo impugnado tiene existencia real, ejerciéndose un verdadero control de las causas determinantes de la decisión administrativa, hecha abstracción del cumplimiento de su fin legal, sino en cuanto concierne al deber de motivación del acto administrativo, pues no basta que en éste se señalen expresamente las razones del acuerdo, sino que es preciso no carezcan de viabilidad en el mundo de la realidad, pues de no ser así existiría inmotivación en la decisión administrativa y se faltaría a la objetividad que debe prevalecer, en las que tienen carácter discrecional, dándose un vicio de nulidad por desviación de poder, tanto en los casos de inexistencia de motivo básico del acto, como de error en la apreciación del órgano actuante, si bien este último supuesto ha de estimarse por los Tribunales exclusivamente en los casos en que no admita duda y su existencia sea evidente e incontrovertible.

16.º CONSIDERANDO: Que, la teoría de la desviación de poder, ha transformado la noción del acto administrativo discrecional, pues, sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión, éste, en

lo que afecta a su parte resolutive, se ha convertido en reglado, ya que no se considera válido más que cuando cumple el fin que implica la idea del bien del servicio o el interés público, pudiendo decirse que, todas las veces que la legalidad u objeto del fin está determinada, no existe poder discrecional, pues sobre éste imperan los principios de la buena administración, convirtiéndose esta potestad de mando en la facultad de precisar, entre los medios que señala la Ley, cuál sea el más idóneo para satisfacción del interés general, es decir, en la elección entre los medios legales definidos con anterioridad, pero una vez efectuada esta selección y fijadas las bases de la misma, no cabe un arbitrario proceder, sino que en la ulterior resolución deberá, en todo caso, buscarse la satisfacción del interés público y acordarse en la forma en que resulte materialmente más beneficiada la propia Administración, discriminando entre los elementos que obran en el expediente conforme a razón y justicia, para que el acto sea ajustado a ésta, pues si interesa el mantenimiento de la letra de la Ley, más aún es precisa la realización de su espíritu, como única manera de llevar al seno de la Administración el sentido de una recta gestión de los intereses públicos, marcando la línea divisoria entre lo permitido y lo proscrito en el actuar administrativo, aun cuando éste se desarrolle dentro de los términos de la mal llamada facultad discrecional o de aquella parte de ésta en que no cabe su libre ejercicio.

17.º CONSIDERANDO: Que, consecuente con esta doctrina científica y acogiéndose las orientaciones en ellas señaladas, en el lógico perfeccionamiento del Derecho, la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, en el párrafo segundo de su artículo 83, admite que las sentencias puedan estimar los recursos promovidos «cuando el acto o la disposición incurra en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico», término amplio que abarca toda modalidad de transgresión, pero que no deja lugar a duda, cuando literalmente y a continuación añade «incluso la desviación de poder», definiendo, en el siguiente párrafo tercero del propio artículo, qué debe entenderse por ésta y señalando como tal «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico», concepto aún más amplio que el expuesto, pues no sólo comprende los titulados actos discrecionales, sino incluso los reglados, no por infracción formal o material de la norma legal, sino también, siendo la resolución correcta de fondo y forma, por falta al interés general, es decir a la buena gestión de la cosa pública; siendo de señalar que, atribuye tal importancia la Ley vigente a la desviación de poder, que el párrafo segundo del artículo 94 de la propia Ley Jurisdiccional, dispone que las sentencias que versen sobre esta materia serán susceptibles siempre de recurso de apelación, mientras que las demás sentencias de los Tribunales territoriales y actualmente de los provinciales, tienen a

dichos fines las limitaciones marcadas en el párrafo primero del mencionado artículo 94.

18.º CONSIDERANDO: Que, en aplicación, de la doctrina y preceptos citados, en el caso presente, conviene sentar como premisa, que el Ayuntamiento de Sabadell pudo actuar discrecionalmente y así lo hizo, al fijar la forma en que debía procederse a efectuar la exacción de los arbitrios correspondientes, e incluso una vez que adoptó la determinación de verificarlo por medio de Recaudador, con gestión afianzada, también con la misma discrecionalidad o libertad pudo establecer las Bases que considerara más adecuadas para la provisión de dicha plaza, pero en la selección posterior que hiciera de los concursantes, sería totalmente inoperante cualquier reserva, tácita o expresa, que efectuara en favor de seguirse atribuyendo la plena facultad de actuar discrecionalmente, pues ello sería verificarlo conforme a su libre arbitrio, en contraposición con las propias Bases en virtud de las cuales se autolimitó, y convertiría a éstas en ineficaces, cuando la letra y el espíritu de la Ley es contrario a tal forma arbitraria de proceder, reñida con la razón y con el propio principio de licitación, que promueve una concurrencia en beneficio del interés general, la cual no es lícito sea resuelta caprichosamente, sino estimando y comparando las ventajas e inconvenientes de las diversas ofertas presentadas.

19.º CONSIDERANDO: Que, partiendo de este fundamento y de lo establecido en la Base 15 del concurso, según la cual, la plaza de Recaudador sería adjudicada a «la persona o entidad... que reuniera las mejores condiciones de competencia y garantía», es preciso examinar las de distinta índole que reunieran los diversos concursantes, así como las de tipo económico de los mismos, contrayendo este examen únicamente en lo que concierne a la oferta del Recaudador designado don Jaime Rius Folch, de la verificada por la entidad recurrente, con abstracción de lo que afecte a cualquier otro licitador, que no figure como recurrente contra el acto administrativo que se dictó.

20.º CONSIDERANDO: Que, a los fines de lo antes expuesto, es de observar que, en lo que afecta a competencia para el desempeño del cargo de Recaudador, el designado Sr. Rius no ha acreditado en las actuaciones administrativas tenga historia o antecedente alguno de tal preparación, ya que únicamente ha sido directivo o Presidente de un Gremio sindical, con lo que se demuestra una competencia de índole distinta y en ciertos casos antagónica a la requerida, pero no la que precisamente se exige o conviene para Recaudador, mientras que la Sociedad actora, aparte de tener como uno de sus fines la explotación de concesiones administrativas de distinto orden, acreditó que el Gerente de la misma y antiguo titular del nombre de ella, ha

desempeñado y a satisfacción de la Corporación local correspondiente, durante varios años, plaza de Recaudador de ella y además conoce las funciones administrativas municipales por ser empleado de dicha indole, con lo que se manifiesta una superioridad de competencia profesional para el desempeño del cargo de Recaudador por parte del accionante; en lo que a ventajas económicas se contrae, también la superioridad de ésta es patente, ya que mientras el Sr. Rius sólo aporta un sometimiento pleno a las Bases del concurso, es decir, el compromiso de recaudar 2.300.000 pesetas anuales, percibiendo un 3 por 100 de premio de cobranza, la entidad recurrente, además de rebasar en una ínfima cantidad dicha recaudación mínima, pues lo hace en suma casi inconsiderable, rebaja en un 1 por 100 el premio de cobranza, extremo de mayor valor cuantitativo y ofrecía verificar los ingresos del importe de la gestión afianzada, efectuando ya por anticipado el correspondiente al primer trimestre, lo que equivaldría a aportar a la Corporación más de medio millón de pesetas con cerca de tres meses de antelación; y en lo que concierne a las garantías de ambos concursantes, desde el punto de vista económico, el Sr. Rius aporta un documento privado, con una serie de firmas sin autenticación alguna, que se dicen ser de miembros del Sindicato que presidía, que responden de su gestión, mientras en evidente superioridad financiera de aval, la Sociedad actora, aporta idéntica solidaridad con su gestión, realizada por varias personas, de cuya realidad física y afectación de bienes no cabe dudar, por adquirir el compromiso en comparecencia ante Notario y prescindiendo del importe o valoración de los bienes de éstos, ya que constituye un acto unilateral de los mismos —extremos que ni siquiera han puntualizado en dicha forma los avalistas del Sr. Rius—, lo cierto es que además de dichos garantizadores, una entidad bancaria respaldaba parte de la gestión de la Sociedad accionante, garantía esta última de carácter tan superior a todas las demás aportadas, que es obligado concluir reconociendo son más eficientes las del recurrente; y finalmente, si las garantías pretendidas son de orden moral, salvando todos los respetos debidos a la persona designada para el cargo, así como su posible moralidad y probidad, al igual que en cuanto a los componentes de la Sociedad y Gerente de ella, nada consta en contra del uno ni de los otros, no puede establecerse «a priori» una mayor honestidad en cuanto a cualquiera de ellos, razón por la cual este factor no ha podido ser la causa determinante de la adjudicación.

21.º CONSIDERANDO: Que, aparte todo cuanto anteriormente queda consignado, el mal uso de la potestad discrecional, en lo que a la resolución del concurso atañe, se evidencia en forma que no deja lugar a duda, cuando la Corporación municipal ha pretendido sustituir, con el criterio de la mayoría de sus componentes, en contra de la objetiva y ponderada propuesta de la Mesa Tribunal designada por la misma, nada menos que preceptos legales de obligada obser-

vancia, ya que alegando otorgar una mayor consideración los Gremios que afianzan al señor Rius —aun cuando no existe tal garantía gremial, pues el aval a éste ha sido dado por diez miembros del comercio de volatería y similares—, olvida que el artículo 350 de la Ley de Régimen local, en su apartado cuarto, concede carácter preferente a la resolución de los concursos a haber desempeñado plazas de la naturaleza de la que se trata de proveer y nunca pudo es. imarse similar a Recaudador el Sr. Presidente, no de un Sindicato local, sino realmente del Gremio Fiscal de Detallistas de Vinos y Licores, en Sabadell, pues aun cuando éste percibiera el arbitrio que correspondía a sus componentes, no ejercía el interesado funciones propias de recaudador, sino las respresentativas pertenecientes a la Presidencia, que no son las administrativas propias de la gestión recaudatoria, que estarían asignadas lógicamente al Secretario del Gremio o personal a sus órdenes, mientras que el Gerente de la Sociedad actora ha sido propiamente Agente-Recaudador de determinada tasa en una Corporación local de mayor ámbito, cual la Diputación provincial de Lérida, extremo por si solo suficiente para otorgar la preferencia legal y además ha ejercido funciones de Inspector habilitado de tributos en la Diputación provincial de Barcelona como temporero y era Inspector de Rentas y Exacciones del propio Ayuntamiento de Sabadell desde el 1 de enero de 1957.

22.º CONSIDERANDO: Que en méritos de todo lo expuesto, resulta patente y claro que «Explotaciones y Concesiones Administrativas, S. A.», antes «José Mons Vila, S. A.», reunía como concursante mejores condiciones, en cuanto a competencia profesional, de tipo económico para el Ayuntamiento de Sabadell y de garantía financiera, no siendo inferiores bajo el punto de vista moral, para el ejercicio del cargo de Recaudador, por lo que, al no reconocerse así por la citada Corporación municipal y nombrar a don Jaime Rius, incurrió aquélla en desviación de poder, por haber hecho uso indebido o erróneo de su potestad discrecional, ya que la designación efectuada no se ajustaba al fin del concurso y procede en consecuencia anular los actos recurridos, nombrando para la plaza controvertida a la entidad recurrente, con los derechos correspondientes a la obtención de dicho cargo, como si le hubiera sido otorgado en la fecha en que se resolvió el concurso y con revocación de la sentencia dictada por el Tribunal provincial de Barcelona, objeto de esta apelación.

COMENTARIO

Varias y de diversa índole son las cuestiones que se formula el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada, cuyos considerandos hemos numerado para que resulten más fáciles las referencias.

1.^a Cuestión. *Existe infracción del Reglamento de Contratación si en un concurso se hizo la adjudicación definitiva antes de transcurrir cinco días de la adjudicación provisional.*

La argumentación del Tribunal Supremo es tratada con gran cuidado y minuciosa dialéctica en los considerandos 1.º, 2.º y 3.º.

2.^a Cuestión. *Cualquier defecto de tramitación no es suficiente para que se declare la nulidad de lo actuado, sino que es preciso que los defectos sean esenciales o produzcan indefensión.*

Es digno de alabanza este criterio del Tribunal Supremo con el que, como dice en su considerando 4.º, se busca *promover* la celeridad administrativa y la economía procesal. Tal directriz que huye de la rigidez de las formas de su tiránica exigencia, ya teniendo numerosas manifestaciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (notificaciones, contratación, etc.) e incluso la misma Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa ha creído oportuno remarcar la conveniencia de huir de un excesivo formalismo.

3.^a Cuestión. *La existencia de una incompatibilidad que pueda, en su día, ser obstáculo legal para ejercer un cargo, no significa impedimento para la concesión del mismo.*

Esta doctrina aplica rectamente las disposiciones legales, encaminadas a evitar que se produzcan *simultáneamente* situaciones que están prohibidas, afirmando que ello no es obstáculo para que la concesión del cargo se lleve a cabo y que, una vez hecho el nombramiento, sea el momento de ver si se produce o no la incompatibilidad. Es decir, que distingue entre la verdadera incapacidad para ser nombrado, de la incompatibilidad en el ejercicio de un cargo. Y así como la primera hace que no pueda deferirse el cargo a una persona por no ser capaz legal para recibirlo, la incompatibilidad sólo impide que se den simultáneamente dos situaciones que la Ley declara incompatibles; pero la incompatibilidad no impide el nombramiento. Véanse los considerandos 6.º, 7.º y 8.º

4.^a Cuestión. *El Estatuto de Recaudación no es aplicable para regular las condiciones que han de reunir gestores y recaudadores municipales.*

Así se consigna en los considerandos 7.º y 8.º de la sentencia objeto de comentario.

5.^a Cuestión. *No sólo las personas individuales, sino las colectivas, pueden ser gestores y recaudadores en el ámbito local.*

Lo establece, con carácter general, en el considerando 9.º y también de modo concreto aplicando la misma tesis al concurso objeto de debate, en razón de haberlo así establecido el pliego de condiciones, al que las partes se han sometido y que, por tanto, es ley para ellas.

Sin embargo, no parece que sean concluyentes las razones aducidas por el Tribunal Supremo para mantener que las entidades puedan ser «gestores afianzados». Y si bien es cierto que la regulación en la Ley de Régimen local es deficiente, habiéndose limitado a copiar

los artículos 553, 554 y 555 del Estatuto municipal, no estableciendo unas líneas bien definidas entre el «gestor afianzado» y el «arrendatario del servicio de Recaudación», a que se refiere el artículo 735 de la Ley de Régimen local, sin embargo, parece claro que al consignar el párrafo 3.º del artículo 734 que, «mientras el gestor ejerza el cargo *tendrá el carácter de funcionario de Administración local, sin que la retribución por tal concepto pueda ser computada a efectos pasivos*», mal se puede aplicar a una Sociedad anónima u otra cualquier clase de persona colectiva. Sin que sea posible aducir lo dispuesto en el artículo 735 que se refiere a otra figura recaudatoria distinta, la del arrendamiento del servicio de Recaudación, para la que se establecen normas diversas, y entre ellas la importantísima de que el arrendamiento ha de realizarse por *subasta*, y no por *concurso* como en el gestor afianzado, y en donde, en efecto, se reconoce expresamente la posibilidad de que sean arrendatarios personas colectivas.

Por otra parte, la alusión contenida en la Base 15 del concurso, en franca contradicción con la Base 11, y desde luego con lo que es el gestor afianzado, según queda dicho, no puede ser suficiente argumento para llegar a la conclusión de que el gestor afianzado pueda serlo una persona jurídico-colectiva.

6.ª Cuestión. *La Corporación pudo actuar discrecionalmente al fijar la forma de exacción (gestor afianzado) y al establecer las bases que estimó más convenientes para la provisión de la plaza, pero en la selección de los concursantes no pudo actuar discrecionalmente, pues ello sería verificarlo conforme a su libre arbitrio.*

Esta es la doctrina que sostiene la sentencia en el considerando 18 en relación con el 10.

Desde luego que a la Administración pública le compete apreciar si, dadas las múltiples circunstancias que han de tenerse en cuenta para una mejor prestación de los servicios de recaudación, le conviene acudir a uno u otro procedimiento de los que señala la Ley. Pero en la fijación de las condiciones a fijar en las bases que han de regir al efecto, no puede por menos de tener en cuenta las normas de rango jurídico superior dadas sobre el particular. Y así, no podría tratar de realizar por concurso el arrendamiento del servicio, pues el artículo 735 de la Ley de Régimen local exige *subasta*, ni podría incluir entre las exacciones aquellas que la Ley prohíbe sea arrendado su cobro.

La Corporación, por tanto, no pudo por menos de sacar a *concurso* la plaza de gestor afianzado, porque así lo exige el artículo 157 del Reglamento de Haciendas locales, ni podría tampoco incluir como hipotéticos concursantes a las entidades, ya que por la propia naturaleza del procedimiento, «administración y recaudación directa por el sistema de gestión afianzada», como por lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 734, han de entenderse excluidas de acudir al mismo. Y en este sentido el propio Ayuntamiento decía en su

Base 11: «Podrán optar al concurso *todos los españoles, mayores de edad...*»

Y en cuanto a que la Corporación «no podía atribuirse la plena facultad de actuar discrecionalmente, pues ello sería verificarlo conforme a su libre arbitrio», parece precisa alguna glosa.

Hay que tener en cuenta lo siguiente:

1.º Que la Administración podía proveer la plaza y se hallaba obligada a hacerlo por concurso.

2.º Que «en el concurso, según consigna el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, la licitación versará sobre las circunstancias y elementos relativos al sujeto y al objeto del contrato, y *la adjudicación se otorgará a la proposición que, cumpliendo las condiciones del Pliego, resulte más ventajosa, sin atender únicamente a la oferta económica, y según el juicio de la Corporación, que será discrecional* si la Ley o la convocatoria no determinasen motivos de preferencia».

3.º Que si la Corporación se reservó esta facultad (que no necesitaba ni expresarla, puesto que se halla en la misma naturaleza del concurso cuando no se han establecido tablas de mérito o de preferencia) lo hizo dentro de las facultades que se le conceden a la Administración para apreciar, *según su juicio*, el conjunto de los elementos y la conveniencia de uno u otro concursante.

De sobra es sabido que al amparo de lo discrecional no puede actuarse de modo arbitrario y caprichoso. Pero tampoco puede identificarse «a priori» lo discrecional con lo arbitrario. Si el legislador deja a la Administración que resuelva según su parecer y juicio una situación, ha de admitirse que, en principio, aquella actúa según las conveniencias del interés público, el cual se somete al juicio de dichas autoridades administrativas.

Cuando entra en juego la facultad discrecional, que ha sido concedida lo mismo a las autoridades administrativas que a las judiciales, cada una en el ámbito de su competencia respectiva y en la extensión que ha creído pertinente el legislador, es la autoridad competente la que ha de apreciar, según su juicio y criterio, la conveniencia de actuar de este o del otro modo, de hacerlo ahora o luego, según le parezca conveniente. Si la autoridad administrativa trata de repavimentar una calle, es ella la que debe determinar, bajo su responsabilidad, el momento en que debe hacerlo, y así bien a ella le compete decidir si las aceras deben tener tal anchura y si la calzada debe revestirse de este o del otro pavimento. Tal vez pudiera equivocarse y a juicio de otros técnicos fuera mejor utilizar distinto procedimiento. Pero es la resolución administrativa la que impera, sin que pueda sustituirse su apreciación por la de otras personas ni por la de otras autoridades del orden judicial, sin perjuicio de las responsabilidades, principalmente de índole política, que de tal equivocación pudieran derivarse.

De modo similar habría de ocurrir en la resolución de un concurso

de recaudador con fianza. Si los concursantes habían llenado los requisitos en las bases del concurso, parece que es a la Administración a la que le corresponde apreciar libremente (este es el fundamento de los concursos) los méritos y conveniencias que ofrezcan unos y otros concursantes, si es que tales méritos o ventajas no se hubieran tasado de antemano.

Sustituir la apreciación y el juicio del órgano administrativo por el juicio del órgano judicial implicaría graves dificultades y riesgos. Si la responsabilidad de la actividad administrativa de los servicios públicos le está encomendada a un órgano público, debe dejársele actuar con libertad dentro del ámbito que le haya sido demarcado por el legislador. Y si éste confió a su buen juicio y apreciación la resolución de un concurso, no cabe sustituir tal facultad discrecional por el juicio de otra autoridad, administrativa o judicial, a la que no se confió el cuidado de aquel servicio.

En el caso concreto del presente concurso parece de razón que, una vez cubierta por los concursantes las obligaciones de la recaudación a ingresar en cada periodo y de la fianza a prestar, nota fundamental del servicio de gestión recaudatoria afianzada, fuera la propia Corporación la que apreciase la conveniencia de nombrar a uno u otro de los concursantes, juzgando libremente sobre las condiciones de competencia y garantía, las cuales no están tasadas y predeterminadas, sino que han de apreciarse libremente, según circunstancias, datos y elementos de juicio, muy a menudo imponderables, de imposible concreción, que inclinan el ánimo hacia uno de los concursantes, sin que ello quiera decir que siempre sea certero el juicio, pues cabe que el elegido sea el que peor resultado ofrezca. Pero si a la Corporación le incumbe llevar la responsabilidad del servicio recaudatorio, es muy de razón que en el concurso, impuesto por Ley, para la designación del gestor con fianza, sea la Corporación la que aprecie, según su juicio y criterio, la competencia y garantía de los concursantes. Y si la competencia y garantía han de apreciarse, en todo ese mundo psíquico en que juega la confianza y el conocimiento de las personas, según un juicio libremente formado, no parece que deban tenerse en cuenta como únicos motivos para decidir los que se aducen por el Tribunal Supremo en el considerando 20. Pues, aparte de lo que se acaba de decir, ¿cómo puede ser tomada en consideración la mayor *competencia* del Gerente de una Sociedad, cuando tal Gerente puede cesar el mismo día en que se comience a prestar el servicio? ¿Y cómo pueden alegarse como decisivas mayores garantías económicas ofrecidas por la sociedad en cuestión, si la garantía a que se alude en la Base 15 del concurso es indudablemente la que pueda suponer el simple conocimiento de las personas y la que se forme libremente la Corporación?

¿Por qué considerar como razón *evidente* del mal uso de la potestad discrecional la comparación tasada de situaciones entre el concursante nombrado y el Gerente de la empresa «Explotaciones y

Concesiones Administrativas, S. A.», cuando el Gerente no se puede identificar con la Sociedad, ni las preferencias son tasadas, sino de libre apreciación y juicio de la Corporación a la que corresponde resolver, y se trae como antecedente el artículo 350 de la Ley de Régimen local, que se refiere a funcionarios, entre los que de ningún modo puede ser incardinada una empresa?

El profesor Duez aborda el tema con su habitual precisión, y escribe lo siguiente:

«El control de la legalidad del acto en la desviación de poder implica por parte del Juez un examen más profundo que en las otras «ouvertures» de los recursos por exceso de poder. No son los elementos externos (forma y competencia) los que se verifican, ni lo son solamente los elementos internos relativos al objeto del acto los que se someten a la criba crítica, sino que es la psicología del autor del acto la que va a ser examinada y apreciada por el Juez. Esta consideración explica por qué la desviación de poder ha aparecido más tardíamente. Pero es necesario dejar las cosas en su exacto lugar y guardarse de toda exageración respecto a la amplitud del control jurisdiccional en la materia. Sería un error creer que el Consejo de Estado examina la intención subjetiva, el proceso interno de la voluntad del agente. El no sondea, de ningún modo, los rincones y el corazón, sino simplemente el acto. Es el acto mismo y a los documentos administrativos que le acompañan, a los que pide la prueba de la desviación de poder. Es el «dossier» el que debe aportar esta convicción... Si, pues, la psicología del autor del acto es examinada, no lo es más que a través de los elementos objetivos suministrados por las piezas del «dossier» y los hechos externos que llegan hasta el Juez. Este no hace comparecer ante sí a los administradores para pedirles cuentas, ni puede ordenar una encuesta con el solo fin de escrutar los móviles que han hecho actuar a los administradores... Estableciendo de este modo los límites a su investigación, no puede ser acusado el Consejo de Estado de enervar la acción administrativa.

Los límites normales derivan lógicamente de la misión natural del Juez. El Juez es el custodio de la observación de la Ley por la Administración, pero no es más que esto; no es de ninguna manera un administrador activo, y, en consecuencia, no puede sustituir a la Administración en toda la extensión ilimitada del control jurisdiccional: sustituiría al gobernante políticamente responsable por jueces irresponsables. De otra parte, la jurisdicción no está dada para actuar. Por un control ilimitado se correría el riesgo de quedar medido dentro de las luchas políticas, lo cual sería nefasto a una buena justicia. Es preciso evitar «el gobierno de los jueces».

Y en otro lugar, dice: «La oportunidad de la decisión administrativa escapa siempre al examen del Juez (judicial o administrativo), llegándose, así, a una división de cometidos; al Juez le compete el control de la regularidad jurídica, al administrador la li-

bre apreciación de la oportunidad... El Juez, ni por formación ni por vocación está en condiciones de cumplir el cometido del administrador, y por su alejamiento del clima de la Administración activa no puede apreciar sobre la oportunidad y conveniencia de la actuación».

Es laudable el esfuerzo hecho en la sentencia para consignar, con amplitud y cuidado, la doctrina sobre la desviación de poder, que es novedad en nuestro Derecho positivo.

No es esta la ocasión de hacer un estudio acabado de cuestión de tanta importancia, en la que el Consejo de Estado francés ha desbrozado el camino, configurando un recurso para fiscalizar la actuación discrecional de la Administración cuando ésta se ha apartado, en su actuar, del fin que ha de buscar todo órgano administrativo, que es el interés general, el servicio público, desvío que puede producirse de tres modos:

a) Cuando el titular del órgano ha actuado para conseguir satisfacer una animosidad personal, bien sea de orden personal, profesional o político.

b) Cuando el autor del acto usa de sus poderes solamente con vista a satisfacer no el interés general, sino ciertos intereses privados.

c) Cuando aquél actúa con el fin de conseguir un interés público, pero no aquél que le estaba señalado como de su competencia por el legislador.

La rica temática que ofrece el recurso por desviación de poder en la elaboración que del mismo ha hecho el Consejo de Estado francés, ha de ir tomando carne en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, con la mirada puesta en conseguir que este recurso sirva para que los órganos de la Administración pública actúen de acuerdo con los fines que el legislador les ha fijado, sin que con ello se enerve la acción de la Administración en el amplio campo de su peculiar facultad discrecional, que le ha sido dada para mejor rendir servicios al público, con las características propias de la Administración, que debe ser eficaz y pronta en el obrar.

B) RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

I. BENEFICIOS FISCALES A LAS CORPORACIONES LOCALES

1. *Los Ayuntamientos vienen exentos del pago del Timbre cuando se dan las circunstancias establecidas en el artículo 673 de la Ley de Régimen local vigente.*

CONSIDERANDO: En cuando al fondo del asunto, que si bien el artículo 1.º de la Ley del Timbre sanciona el

principio general del pago del impuesto por todos los documentos públicos y privados, en virtud de los cuales se constituyan, modifiquen o extingan derechos y obligaciones, de toda especie, la Ley de Régimen local declara en su artículo 673, 6.º, la exención de los «actos, contratos o documentos en que intervengan los Ayuntamientos..., siempre que, por ministerio de la Ley, les fuese imputable el pago y no exista facultad legal de repercutirlo sobre otra persona...», privilegio que se entiende concedido de oficio, por el artículo 674 de dicha Ley, sin perjuicio de la acción inspectora del Ministerio de Hacienda, por lo que es procedente examinar si en efecto concurren en el caso actual las indicadas circunstancias para decidir con acierto la cuestión.

(Sentencia 9 diciembre 1959.)

II. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

1. *Si un Ayuntamiento adjudica una subasta al licitador más caro, por estimar que no podía hacerlo al mejor postor al faltarle el carnet de empresa, el cual había sido solicitado y no entregado por faltas no imputables a aquél, se halla obligado el Ayuntamiento, si la obra está ya realizada, a indemnizar daños y perjuicios, que se fijarán en trámite de ejecución de sentencia.*

(Sentencia 3 diciembre 1959.)

2. *El no hallarse matriculado un contratista en la contribución industrial, no obsta a que sea válida la adjudicación que al mismo se hizo como mejor postor en una subasta.*

Que la certificación expedida en 30 de diciembre último, por funcionario idóneo del Negociado de Industria en la Administración de Rentas Públicas de esta Provincia, cuyo documento obra en el ramo de prueba del actor, acredita que don Joaquín C. M., adjudicatario de la contrata para la realización de las obras de pavimentación de las calles de M., objeto del expediente unido a estas actuaciones, no se halla matriculado específicamente como contratista de obras en el epígrafe 1.089 por el año 1957 y siguiente. Pero las leyes de carácter fiscal, cuyo objetivo responde al designio de arbitrar recursos para el Tesoro, independientemente del carácter punitivo que revisten reglamentando las sanciones en que incurran los contraventores, es lo cierto que no afectan a la va-

lidez intrínseca del negocio jurídico sujeto al pago de tributo, ni a la capacidad de los sujetos de la relación jurídica, ni, por consiguiente, la infracción de aquéllas genera la nulidad del acto civil o administrativo de que se trate. Por lo que respecta a los contratistas de obras, único punto de interés en el presente recurso en cuanto se fundamenta en el contenido de la expresada certificación, es de notar que sólo en el caso de que la Ley elevase al rango de condición el de la previa matriculación de aquéllos para acudir a concurso, subasta o contrato, habría de estimarse al señor C. M. incurso en caso de incapacidad especial para prestar su consentimiento en el contrato perfeccionado mediante la adjudicación de las referidas obras; pero en las Tarifas aprobadas por Orden del Ministerio de Hacienda de 19 de octubre de 1950, no se establece, expresamente, para los contratistas, tal condición o requisito previo, pues al estatuir aquéllas que para acudir a concurso, subasta o contrato de cualquier clase con el Estado, la Provincia o el Municipio, es condición indispensable «cuando la venta o suministro de que se trate suponga el ejercicio de industrias comprendidas en las tarifas de esta contribución, que el interesado figure en matrícula en el epígrafe correspondiente», claramente refleja la letra de la disposición que dicha «condición indispensable» hállase referida al supuesto de venta o suministro. Y como según doctrina del Tribunal Supremo, las leyes fiscales, por su naturaleza y carácter, no pueden tener interpretación extensiva en perjuicio del contribuyente, sino que han de aplicarse sujetándose con estricto rigor a su letra (Sentencia 17 de enero de 1914), síguese de lo expuesto que no sería lícita una interpretación extensiva en perjuicio del señor C. M., que ostenta preferente derecho a la adjudicación de la contrata, respecto del recurrente, por haber formulado aquél la proposición económicamente más ventajosa; y al estimarlo así los acuerdos del Ayuntamiento de M., se adaptaron a lo establecido en el artículo 14 del Reglamento de Contratación de Corporaciones locales, por lo que han de ser mantenidos.

(Sentencia 26 octubre 1959.)

III. EXPROPIACIÓN

1. *El Jurado provincial de Expropiación ejerce una función tan sólo valorativa y no declarativa de derechos.*

(Sentencia 26 diciembre 1959.)

2. *La aplicación del artículo 43 no tiene carácter de excepción al artículo 38 de la Ley de Expropia-*

ción, sino que tendrá lugar siempre que se estime que el precio obtenido conforme al artículo 38 no es el real.

CONSIDERANDO: Que de los claros términos de la resolución recurrida que el respectivo Jurado provincial de Expropiación llegó en ella por mayoría de sus componentes a fijar como justiprecio del terreno expropiado la cantidad de 1.620.580,80 pesetas, ateniéndose al valor asignado a los solares para efectos del arbitrio municipal de plus valía, según índices fijados el año 1953 para un trienio, aumentando aquél en un 10 por 100, es decir, aplicó exclusivamente el párrafo primero del artículo 38 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, por entender, según dice, que tal artículo es norma preceptiva, ineludible, constitutiva, de criterio legal predeterminado para el justiprecio de solares, teniendo el artículo 43 de la misma Ley carácter excepcional aplicable por ello tan sólo cuando no están formados los referidos índices de valoración a efectos de liquidar el impuesto municipal de incremento del valor de los terrenos, mas es errónea tal interpretación, pues basta leer el citado artículo 43 en su número primero, para comprender que lejos de ser una excepción contrapuesta al artículo 38, han de conjugarse ambos preceptos al decir que «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, tanto el propietario como la Administración podrán llevar a cabo la tasación, aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados, si la evaluación practicada por las normas que en aquellos artículos se fijan no resultare a su juicio conforme con el valor real de los bienes objeto de la expropiación», y así, el número tercero del mismo artículo 43 preceptúa que se comenzará desde luego por evaluar los bienes expropiados, según las normas señaladas en la Ley, o sea la del artículo 38 tratándose de solares, pero además, ha de enjuiciarse en todo caso si el precio así obtenido es verdaderamente el justo, porque si resultare notoriamente inferior o superior al valor real de los bienes, se usarán otros criterios estimativos, los que se consideren más pertinentes para el caso, a fin de decidir en definitiva el Jurado las rectificaciones que a juicio suyo deban hacerse respecto de la valoración resultante de aplicar sólo la norma primordial señalada por la Ley.

CONSIDERANDO: Que el razonamiento anterior aún se robustece con la interpretación auténtica que del expuesto artículo 43 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 da su Exposición de motivos, donde se dice que «la determinación del justo precio sobre bases fiscales ha de partir de la premisa

de que la riqueza fiscalmente establecida suponga una valoración no sólo objetiva y ponderada del bien que se trate, sino además rigurosamente al día desde el punto de vista del poder adquisitivo de la moneda», y aún añade que no debe entenderse que «la estimación fiscal constituye lo que desde luego no es, es decir, una declaración administrativa de valoración, eficaz no sólo en la relación fiscal, sino en toda relación con la Administración, en la que un bien puede juzgar algún papel», y que «esa estimación debe servir como uno de los elementos que concurren a la determinación del justo precio, pero no ser el criterio de cuyo exclusivamente determinante, lo cual implicaría volver la espalda a realidades económicamente elementales».

CONSIDERANDO: Que los expropiados, ya en su escrito de alegaciones al Jurado adujeron que el justiprecio obtenido según el artículo 38 de la Ley resultaba muy inferior al verdadero valor real, e indicaron otros criterios estimativos que debieran, a su juicio, seguirse, atendidas las distribuciones de terrenos por zonas y en cada una la respectiva situación y circunstancias específicas de aquéllos, proponiendo sobre todo como norma de máxima garantía de acierto en la valoración, el atender comparativamente a precios pagados por compras de terrenos próximos y análogos en tiempo no distante al de la expropiación, y aportaron dos escrituras públicas a tal efecto, una de 15 de julio de 1953, y otra de 23 de marzo de 1954, mediante las cuales se segregaron del mismo terreno «Las Llanas», donde se halla también el expropiado ahora, dos porciones vendidas sucesivamente, la primera de 2.814 metros cuadrados en 210.000 pesetas, y otra al siguiente año, aún por mayor precio, pues media 1.130 metros cuadrados y pagó su comprador 162.000 pesetas, más nada incluyeron estos datos en la valoración que hizo el Jurado por ser los mismos expropiados, parte interesada, quienes otorgan como vendedores dichas escrituras antes de ser aprobado el proyecto municipal de expropiación, pero después de iniciarse algunas diligencias encaminadas a ella.

CONSIDERANDO: Que el Tribunal provincial, revisor en primera instancia del fallo del Jurado de Expropiación, mantuvo asimismo el expuesto criterio, que pudiera llamarse suspicaz, respecto de la realidad de precios que los vendedores manifestaron en aquellos instrumentos públicos haber recibido del respectivo comprador, prescindiendo también por ello, en absoluto, la sentencia apelada del valor en venta de terrenos próximos al que se expropia, no obstante haberse traído al pleito un certificado del Registro de la Propiedad acreditativo

de que, meses después de dictarse el fallo recurrido de 15 de marzo de 1956, los mismos expropiados vendieron a Altos Hornos de Vizcaya, mediante escritura pública, por el precio de pesetas 2.170.000, siete fincas en la Mies de Aspuru, término de Sestao, colindantes con el terreno de «Las Llanas», con un total de 12.550 metros, 35 decímetros cuadrados, comprando además, sucesivamente, dicha Sociedad anónima, hasta el 27 de marzo de 1957, a otros propietarios distintos de los demandantes, cuatro fincas, todas en el mismo sitio, por cantidades tales, que alejan la suspicacia respecto a la veracidad del precio que aquéllos manifestaron al Jurado de haber recibido y, aunque en cada contrato de venta y en cada terreno concurren circunstancias particulares determinantes de la fijación variada de sus respectivos precios, si se contemplan en total los pagados por terrenos próximos al de «Las Llanas», llégase a la consecuencia lógica de que ofrecen en este caso una norma adecuada de valoración distinta de la prevista en principio por el artículo 38 de la Ley para tasar solares, y así vistos los documentos aportados al pleito, debió el Tribunal aumentar el justiprecio que fijó el Jurado, pues tampoco puede motivar rebaja en el valor real que al terreno corresponda la circunstancia, que la sentencia apelada recoge, de que la Sociedad Altos Hornos de Vizcaya adquirió todas las referidas fincas para fines diferentes al que ha de ser destinado el campo de «Las Llanas», porque en toda expropiación se indemniza al propietario del verdadero valor que en realidad tenga la propiedad de que forzosamente se le priva y ello con independencia de un elemento tan subjetivo por parte de la entidad expropiante, como es el fin a que proyecte ella destinar después lo que por expropiación adquiere.

(Sentencia 26 diciembre 1959.)

NEMESIO RODRÍGUEZ MORO

ACABA DE APARECER

Planes de urbanización de ciudades españolas

II CICLO DE CONFERENCIAS

(Valencia, Cuenca, Cádiz, Madrid, Córdoba y Granada)

Precio: 25 pesetas

Pedidos a la Administración de publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local

J. García Morato, 7 - Madrid (10)