

EXPROPIACIÓN FORZOSA Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

El presente supuesto práctico aborda diversas cuestiones referentes a una expropiación forzosa de diversas fincas llevada a cabo para la construcción de un nuevo tramo de ferrocarril y del posterior contrato administrativo de obra pública celebrada. Respecto a la expropiación forzosa, se plantean vicisitudes distintas en torno a la no publicación de la relación de bienes y derechos expropiados, la no notificación del acuerdo de necesidad de ocupación a uno de aquellos, la expropiación parcial de la finca a otro, diversas incidencias en torno a la pieza separada de determinación del justiprecio (cambio en la clasificación urbanística del suelo respecto a una finca llevada a cabo con posterioridad al inicio del expediente de expropiación; presentación de la hoja de aprecio a través de otra persona sin representación para ello; o acuerdo con las Administraciones propias de que un cónyuge respecto a la finca que pertenece a la sociedad de gananciales) y el ejercicio del derecho de reversión por un expropiado, transcurridos cinco años, sin que se llevara a cabo obra alguna. Finalmente, respecto al contrato de obra pública celebrado, las cuestiones jurídicas giran en torno al ajuste a derecho o no de ciertas condiciones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares tales como que para ser adjudicataria debería constituirse una sociedad anónima; viabilidad del fraccionamiento del objeto del contrato; adjudicación y acreditación de la solvencia. En relación con el contrato de suministro se plantea el ajuste a derecho de la forma de adjudicación utilizada, consistente en el procedimiento negociado sin publicidad.

Palabras clave: expropiación parcial, justiprecio, reversión, contrato de obras, adjudicación, solvencia, contrato de suministro y procedimiento de adjudicación.

Fecha de entrada: 10-02-2017 / Fecha de aceptación: 21-02-2017

ENUNCIADO

Por parte de la autoridad correspondiente –Ministerio de Fomento– se aprueba el estudio informativo y proyecto básico de infraestructura y de construcción de un nuevo tramo de ferrocarril entre las localidades de Cáceres y Sevilla, para lo que se hace preciso la expropiación de numerosas fincas de naturaleza rústica.

El Ministerio de Fomento expropiante no llevó a cabo la publicación de la relación de bienes y derechos para que, en el plazo de 15 días hábiles, pudiesen alegarse por los interesados aquello que estimaran conveniente. Tampoco se notificó individualmente a los afectados.

El acuerdo de necesidad de ocupación se publicó en el BOE el día 6 de mayo. Tal acuerdo no se notificó al expropiado AAA, que estaba identificado en el procedimiento expropiatorio, llegándose a ocupar su finca y a realizar modificaciones en el terreno de tal modo que impedían la restitución al estado anterior que se encontraba la finca antes de la ocupación y obras por parte de la Administración.

A los cuatro meses, este expropiado interpone recurso contencioso-administrativo contra estas actuaciones administrativas, siendo no admitido el recurso por extemporáneo.

Otra de las fincas expropiadas se hizo parcialmente. Como consecuencia de ello, el resto de la finca, destinada a cultivos agrarios, quedó por debajo de la unidad mínima de cultivo establecida en la legislación correspondiente. El arrendatario de la finca solicitó la expropiación total de la misma que fue denegada por la Administración, señalando, en primer lugar, que carece de legitimación para poder pedir la expropiación total y, en segundo lugar, que se trataba de un derecho graciable.

Respecto a la pieza separada del justiprecio destacamos como reseñables:

- a) En relación con un expropiado, en el momento de iniciarse el expediente de expropiación, su finca tenía la clasificación de suelo rural. Durante la tramitación del procedimiento, y antes de la apertura de la pieza separada de justiprecio, se aprueba el correspondiente Plan General de Ordenación Urbana y la finca es clasificada como suelo urbanizable. Pese a ello, se valora la finca con respecto a la clasificación del suelo que tenía antes de la modificación del plan general, es decir, suelo rural.
- b) Otro inmueble expropiado pertenece a la sociedad de gananciales formada por los esposos BBB y CCC. El señor BBB, considerando que lesiona sus intereses, recurre el acuerdo sobre el justiprecio que había alcanzado con la Administración, sin intervención alguna de su esposa, acudiendo para ello a un juicio declarativo ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia competente. Igualmente denuncia que no se había incurrido el precio de afección ni los intereses por demora en la fijación del justiprecio. Finalmente, resultó que tras cuatro años desde la determinación del justiprecio sin llegarse a pagar, los expropiados pidieron su retasación, a lo que se negó la Administración señalando que, en este caso, no era procedente.

- c) Otro expropiado, citado en día y hora para recibir el justiprecio, no compareció para ello. Ante lo cual, se ocupó la finca sin consignarse el justo precio. A los tres meses y medio de dicha ocupación, el propietario recurrió por actuación administrativa en vía de hecho ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero el recurso no fue admitido por extemporáneo.
- d) Respecto de otro expropiado presentó, en el expediente de justiprecio, su hoja de aprecio a través de su hermano que la había realizado y firmado.
- e) Es de tener en cuenta que formó parte del Jurado Provincial de Expropiación el subdelegado de Gobierno de la provincia en condición de vocal técnico, ya que tenía la cualificación profesional necesaria para ello. Una de las fincas expropiadas pertenecía a su esposa, como bien privativo. También es de tener en cuenta que en el Jurado Provincial de Expropiación había un vocal técnico más de los previstos en la normativa aplicable.
- f) La Administración expropiante, al no estar de acuerdo con el justiprecio fijado por el Jurado Provincial de Expropiación para varias fincas expropiadas, recurrió en vía contencioso-administrativa dichos justiprecios.

Finalmente, transcurridos cinco años desde que una de las fincas expropiadas quedara a disposición de la Administración sin iniciarse obra alguna, el propietario ejercita el derecho de reversión solicitando la devolución inmediata de la finca, mediante escrito presentado en el registro de la Delegación del Gobierno.

Por otra parte, finalizadas ya todas las expropiaciones y solucionados los problemas jurídicos planteados como consecuencia de los procedimientos de expropiación forzosa, la Administración decide licitar las obras, fraccionando el objeto del contrato en razón a los numerosos kilómetros que suponían la línea de ferrocarril.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares, entre otras, se establecieron las siguientes:

1. Los licitadores o sus representantes deberán incorporar un compromiso, para el supuesto de resultar adjudicatario, de constitución de una sociedad anónima; fundamentan su imposición en el principio de buena administración, posible por la autonomía de la voluntad, siendo adecuada y proporcionada esta medida porque permite mayor control y rigor en su funcionamiento y, además, constituye un escaso gravamen constituir la sociedad anónima posterior a la adjudicación.
2. La solvencia técnica se acreditará, exclusivamente, por la experiencia de las empresas en anteriores obras de idéntica naturaleza.

Finalmente, realizan un contrato de suministro para la adquisición de las señales informativas de las vías, por importe de 40,000 euros; se acordó como forma de adjudicación el procedimiento negociado sin publicidad.

Tanto las dos cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares como esta forma de adjudicación del contrato fueron recurridas por el resto de los licitadores al considerar que no eran ajustadas a derecho. Con respecto a la forma de adjudicación, procedimiento negociado en publicidad, por razón de la cuantía señala que, en la actualidad, está prohibida por el ordenamiento jurídico.

Cuestiones planteadas:

Se solicita informe jurídico razonado sobre:

- **Primero:** Las actuaciones administrativas llevadas a cabo en el procedimiento de expropiación forzosa por parte de la Administración; en concreto, quiénes eran expropiante, expropiados y, en su caso, beneficiarios de la expropiación, análisis de las distintas infracciones jurídicas y sus consecuencias producidas en dichos procedimientos de expropiación; las incidencias surgidas en la pieza separada de justiprecio y la solicitud de reversión efectuada.
- **Segundo:** Procedencia o no del recurso planteado por el resto de licitadores.

SOLUCIÓN

PRIMERO

1. Expropiante, expropiado y, en su caso, beneficiario

El expropiante será la Administración General del Estado, en concreto el Ministerio de Fomento, puesto que se trata de una obra de infraestructura de ferrocarril.

Los expropiados lo serán todos los titulares de derechos reales sobre los bienes que se expropia.

Respecto al beneficiario, el artículo 6.3 de la Ley 38/2015, del sector ferroviario señala que «la potestad expropiatoria será ejercida, en todo caso, por la Administración General del Estado y el beneficiario de la expropiación será el administrador de infraestructuras ferroviarias que asumirá los derechos y obligaciones que la legislación de expropiaciones establece y abonará el coste de las mismas».

El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) es una entidad pública empresarial española dependiente del Ministerio de Fomento que tiene como objetivo la construcción de líneas de ferrocarril y la gestión de su explotación. ADIF heredó la infraestructura de las extintas RENFE y FEVE, por lo que es propietaria de la mayoría de líneas de ferrocarril de España.

2. Consecuencias de la no declaración de interés público o utilidad social

La Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario es la que determina las especialidades en los procedimientos de expropiación forzosa que pudieran llevarse a cabo para las obras de infraestructuras previstas en la misma.

En este sentido el artículo 3, referido a la infraestructura ferroviaria, señala que: «A los efectos de esta ley, se entenderá por infraestructura ferroviaria la totalidad de los elementos que formen parte de las vías principales y de las de servicio y los ramales de desviación para particulares, con excepción de las vías situadas dentro de los talleres de reparación de material rodante y de los depósitos o garajes de máquinas de tracción. Entre dichos elementos se encuentran los terrenos, las estaciones de transporte de viajeros, las terminales de transporte de mercancías, las obras civiles, los pasos a nivel, los caminos de servicio».

Por su parte, el artículo 5.3, establece que «para el establecimiento de una línea o tramo, estación de transporte de viajeros o terminal de transporte de mercancías integrante de la Red Ferroviaria de Interés General, o su modificación significativa desde el punto de vista del trazado o de sus condiciones funcionales o de explotación, será precisa la aprobación, por el Ministerio de Fomento, de un estudio informativo, con arreglo a lo previsto en esta ley y a la normativa reglamentaria que la desarrolle».

El estudio informativo comprende el análisis y la definición, en aspectos tanto geográficos como funcionales y de explotación, de las opciones de una actuación determinada y, en su caso, de la selección de la alternativa más recomendable como solución propuesta. En su caso, el estudio informativo incluirá el estudio de impacto ambiental de las opciones planteadas y constituirá el documento básico a efectos de la correspondiente evaluación ambiental prevista en la legislación ambiental [...].

4. Para su tramitación, el Ministerio de Fomento remitirá el estudio informativo correspondiente a las comunidades autónomas y entidades locales afectadas, con objeto de que, durante el plazo de un mes, examinen y, en su caso, informen si el trazado propuesto es el más adecuado para el interés general y para los intereses que representan [...].

6. Una vez concluidos los plazos de audiencia e información pública, el Ministerio de Fomento remitirá el expediente completo, que incluirá el estudio informativo y el resultado de los trámites de audiencia e información pública, al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente a los efectos previstos en la legislación ambiental.

7. Completada la tramitación prevista en el apartado anterior corresponderá al Ministerio de Fomento el acto formal de aprobación del estudio informativo, que supondrá la inclusión de la futura línea o tramo de la red a que este se refiera, en la Red Ferroviaria de Interés General, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2 [...].

8. Transcurridos 10 años desde la aprobación formal de un estudio informativo sin que se hayan iniciado la ejecución de las obras correspondientes dejará de tener efecto lo dispuesto en el apartado anterior.

Y el artículo 6, relativo a la aprobación de los proyectos, construcción y puesta en servicio de infraestructuras ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés General: «1. Corresponde a los administradores de infraestructuras ferroviarias a los que se refiere el artículo 22 de esta ley la aprobación de los proyectos básicos y de construcción de las infraestructuras ferroviarias de su titularidad, así como su construcción».

Se entiende por proyecto de construcción el que establece el desarrollo completo de la solución adoptada en relación con la necesidad de una determinada infraestructura ferroviaria, con el detalle necesario para hacer factible su construcción y posterior explotación. El proyecto básico es la parte del proyecto de construcción que contiene los aspectos geométricos del mismo, así como la definición concreta de los bienes y derechos afectados...

Transcurridos cinco años desde la aprobación técnica de un proyecto de construcción sin que se haya iniciado la ejecución de las obras correspondientes, este quedará sin efecto.

2. La aprobación del correspondiente proyecto básico o el de construcción de líneas ferroviarias, tramos de las mismas u otros elementos de la infraestructura ferroviaria o de modificación de las preexistentes que requiera la utilización de nuevos terrenos supondrá la declaración de utilidad pública o interés social, la necesidad de ocupación y la declaración de urgencia de la misma, a efectos de la expropiación forzosa de aquellos en los que deba construirse la línea, el tramo o el elemento de la infraestructura ferroviaria o que sean necesarios para modificar las preexistentes, según lo previsto en la legislación expropiatoria.

3. La potestad expropiatoria será ejercida, en todo caso, por la Administración General del Estado y el beneficiario de la expropiación será el administrador de infraestructuras ferroviarias que asumirá los derechos y obligaciones que la legislación de expropiaciones establece y abonará el coste de las mismas.

Por tanto, queda claro que la aprobación del correspondiente proyecto básico o el de construcción de líneas ferroviarias o tramo de las mismas que requiera la utilización de los terrenos supone los trámites de utilidad pública o interés social, la necesidad de ocupación y la declaración de urgencia de la misma. Por tanto, ninguna ilegalidad se había producido por parte de la Administración al no declarar expresamente estos trámites.

3. Consecuencia de la omisión de la notificación individualizada de la relación de bienes y derechos y de la falta de la publicación

Respecto a la notificación individual de la relación de bienes y derechos, a diferencia de la declaración o acuerdo de necesidad de ocupación, no era precisa, sino que bastaba con la publicación.

Respecto a la falta de publicación, en virtud del artículo 56 del Reglamento de Expropiación Forzosa de 1957, es un requisito indispensable o esencial que no puede entenderse sustituido por los estudios informativos, siendo su omisión, en principio, causa de indefensión material

de los expropiados y constitutivo de vía de hecho haciendo nulo el procedimiento expropiatorio (art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954).

Ahora bien, si en el proyecto básico o el de construcción apareció esa relación de bienes y derechos, se publicó y los interesados pudieron hacer las alegaciones que estimaran por pertinente, se pudo entender por realizado el trámite, puesto que ya no se puede alegar indefensión al tener conocimiento de que iba a ser objeto de expropiación forzosa.

4. Actuación administrativa respecto al señor AAA al que no se lo notifica el acuerdo de necesidad de ocupación

El artículo 21 de la LEF exige la notificación individual del acuerdo de necesidad de ocupación, de manera que ocupar la finca sin cumplimentar este trámite significa incurrir en vía de hecho, según el artículo 125 de la LEF.

Como se realizaron obras no reversibles, según el relato de hechos, habrá de acudir a la indemnización sustitutoria por ocupación ilegal, habiendo establecido el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de noviembre de 2009 y 29 de noviembre de 2007 que esta indemnización se elevará al 25 % del justiprecio, amén de los intereses.

Las actuaciones que el interesado podrá iniciar ante esta vía de hecho serán:

- a) Acudir al juicio de tutela posesoria (antes llamados interdictos) ante el juzgado de primera instancia correspondiente.
- b) Interponer recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho, a tenor dispuesto en el artículo 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con recurso potestativo previo de reposición.
- c) Efectuar la solicitud de indemnización de daños y perjuicios.

Con respecto a si era extemporáneo el recurso presentado por el señor AAA, es de señalar que es verdad que pasaron los plazos de 20 días, con o sin requerimiento, para recurrir contra la vía de hecho, y que también habían pasado los plazos previstos en el 46.4 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero como la actuación en vía de hecho se seguía produciendo porque se había ocupado la finca, en realidad podía seguir recurriendo mientras esta actuación no cesara.

5. Petición de expropiación total por el arrendatario y denegación por la Administración por falta de legitimación y por ser derecho graciable

Respecto a la legitimación para solicitar la expropiación total por parte del arrendatario, la ostenta toda vez que es titular de un derecho o interés legítimo al que la LEF, a efectos del justiprecio, le equipara a nivel del propietario.

Con arreglo a la Ley 49/2003, de arrendamientos rústicos puede pedir la expropiación total si resulta antieconómica.

Es cierto que la concesión de esta solicitud –no así la indemnización del art. 46 de la LEF por demérito de la parte no expropiada en caso de rechazarse– se considera graciable y una manifestación del derecho de petición reconocido en el artículo 29 de la Constitución; por eso el silencio administrativo es negativo.

Este supuesto del artículo 23 de la LEF concurre cuando la conservación del resto no expropiado sea absolutamente antieconómica, de modo que no sea posible una racional explotación de esa parte en términos económicamente mínimamente satisfactorios (STS de 4 abril de 1994).

Si no es así, se deberá acudir a la figura del demérito patrimonial del resto de la finca no afectada.

El solicitante debe acreditar la realidad y extensión de la superficie que pretende le sea expropiada, así como la situación antieconómica generada. Este parece nuestro caso porque la expropiación parcial deja la finca reducida a menos de la unidad mínima de cultivo y el fin de la finca es el cultivo agrario.

6. Incidencias surgidas en la pieza del justiprecio

A) Valoración de una finca como solo rural y antes de la iniciación de la pieza de justiprecio pasa a ser calificada por el nuevo plan general de ordenación urbana como suelo urbanizable

La Administración no valoró adecuadamente la finca porque el valor que hay que tener en cuenta es el que tiene la finca en el momento de abrirse –o del inicio– el expediente de justiprecio, según sentencias del Tribunal Supremo de 4 junio de 2013, 24 de junio de 2013 y 3 de diciembre de 2003.

Se trata de una cuestión de justicia, puesto que si no se produciría una situación de enriquecimiento injusto en favor de la Administración, por tanto debió ser valorado el suelo como urbanizable y no como rural.

B) Finca que pertenece a esposos casados en régimen de sociedad de gananciales y solo uno de los cónyuges alcanza acuerdo con la Administración. Reclamación del esposo al Juzgado de Primera Instancia

En primer lugar, respecto a la reclamación al Juzgado de Primera Instancia no parece procedente porque el acuerdo alcanzado por uno de los cónyuges es de naturaleza contractual, pero de contrato administrativo especial o no típico, al referirse el objeto al giro o tráfico de la Administración pública, rigiéndose, por tanto, por el Derecho Administrativo.

Por otra parte, respecto a que el acuerdo fuera alcanzado por un solo cónyuge, siendo el bien de carácter ganancial, ya el artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, considera como causa de nulidad del contrato las causas contempladas en el Código Civil. Por otra parte, al ser la finca de la sociedad de gananciales, salvo que tuviese la representación mediante escritura pública o poder del otro cónyuge, no es posible que procediera a su enajenación, pues era preciso su consentimiento. Pero esto puede hacerlo valer ante la jurisdicción contencioso-administrativa e incluso puede ser planteado como una cuestión prejudicial civil, a tenor de lo establecido en el artículo 4 de la LJCA.

Con respecto a la no inclusión del precio de afección, salvo pacto en contrario, está excluido cuando se ha logrado un acuerdo sobre el justiprecio, pues ya el interesado lo tendrá en cuenta al exigir el precio correspondiente por el bien.

Respecto a los intereses de demora en la fijación del justiprecio, la jurisprudencia no es uniforme: se ha sostenido que dado el carácter alzado y global del acuerdo se excluyen, salvo pacto en contrario, los intereses del artículo 56 (STS de 10 de marzo de 1997 y 26 de junio de 2000). Otro sector jurisprudencial señala que se devengan los intereses del artículo 56, salvo pacto en contrario (SSTS de 15 junio de 1982 y 12 de febrero de 1985).

En conclusión, parece que el acuerdo podría englobar a los intereses del artículo 56, pero no a los del artículo 57 (la cantidad que se fije definitivamente como justiprecio devengará el interés legal correspondiente a favor del expropiado, hasta que se proceda a su pago y desde el momento en que hayan transcurrido los seis meses a que se refiere el art. 48), al devengarse después del señalamiento del justiprecio convenido, salvo pacto en contrario.

En relación con la petición de retasación y la no aceptación de la Administración, no es ajustada a derecho, pues la ley no la prohíbe, aunque el justiprecio se haya determinado por acuerdo, siempre que concurren sus presupuestos (STS de 22 de septiembre de 1980).

C) Expropiado que es citado para recibir justiprecio, no comparece y la Administración le ocupa la finca sin consignar. Interposición de recurso contencioso-administrativo por actuación en vía de hecho de la Administración e inadmisión del recurso por extemporáneo

La forma de pago puede ser en dinero, talón nominativo o transferencia bancaria, si el interesado así lo ha solicitado, según el artículo 48.10 del REF. Incluso, salvo que una disposición específica lo prohíba, puede abonarse mediante entrega de bienes.

Por su parte, el artículo 125 de la LEF señala que sin pago o consignación se ocupa la finca, se producirá vía de hecho, pudiendo el expropiado defenderse mediante los medios que dicho artículo señala. En concreto, el artículo 30 de la LJCA se refiere a la actuación en vía de hecho por parte de la Administración y, efectivamente, establece unos plazos para recurrir. Es claro que los plazos ya habían pasado, pero como la vía de hecho continuaba, porque la Administración siguió ocupando la finca sin haber pagado o consignado, es lo cierto que podía recurrir en cualquier momento para poner fin a esa situación.

D) Hoja de aprecio realizada, firmada y presentada por un primo del expropiado

Ciertamente, la presentación de una hoja de aprecio equivale, por su importancia y naturaleza jurídica, a una solicitud por la que, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, era preciso acreditar la representación de modo fidedigno, por alguno de los medios admitidos en derecho, sin que se pudiera ser presumida o atribuida. Por ello, esta hoja de aprecio presentada por quien no acredita el poder del interesado no vincula a este (STS de 9 de mayo de 1980).

La Administración no actuó con arreglo al derecho al fijar el precio de acuerdo con esa hoja de aprecio presentada. Debió requerir de subsanación, en el plazo de 10 días, y si no lo subsanara, se daría por cumplido el trámite y ella fijaría el justiprecio sin la valoración del interesado, puesto que la Administración, si el interesado no hace su hoja de aprecio, ha de entenderse que se opone a lo que diga la Administración, por lo que lo procedente era, con posterioridad, remitir la pieza separada al Jurado Provincial de Expropiación para que fije el justiprecio.

E) Formó parte del jurado provincial de expropiación el subdelegado de Gobierno de la provincia en condición de vocal técnico. Una de las fincas expropiadas era de su esposa, siendo bien privativo. Por otra parte, asistieron más vocales técnicos de los previstos en la ley

Evidentemente, el subdelegado de Gobierno no debe formar parte del jurado provincial de expropiación. Según el artículo 1.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, al igual que el artículo 27 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, el subdelegado de Gobierno tenía la condición de alto cargo.

Las consecuencias de haber intervenido en ese jurado provincial serían:

- a) A tenor del artículo 25.1 a) de la Ley 3/2015, constituyó una infracción administrativa muy grave «el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades». Las sanciones se encuentran previstas en el artículo 26.
- b) Respecto a la validez del acuerdo, dependerá del contenido del mismo y de la influencia del voto del Subdelegado del Gobierno en las distintas valoraciones efectuadas. Si fueron intrascendentes, no afectará a la validez de esos actos administrativos. Por el contrario, si fueron trascendentes, supondrá la invalidez de los actos administrativos.

En relación con que hubo un vocal técnico más, señalar que, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1981, no es causa de invalidez alguna, en principio, pero, en todo caso, dependerá de si el voto de los mismos tiene o no el mismo sentido y coinciden en la valoración, porque si no es así y hay discrepancias, habrá de computarse la composición del órgano colegiado con arreglo a lo establecido en la LEF, por lo que podría existir un vicio de nulidad absoluta por prescindir de las reglas esenciales que conforma la voluntad de órganos colegiados (art. 47 de la Ley 39/2015, LPAC).

F) Recurso interpuesto por la Administración expropiante contra el acuerdo del jurado provincial de expropiación

Se resolverá no admitiéndose, puesto que la beneficiaria de estas expropiaciones era ADIF y ella es la legitimada para recurrir, puesto que, entre otras obligaciones, es la que abonará el importe de justiprecio e indemnizaciones.

7. Solicitud de reversión inmediata, transcurridos cinco años desde que los bienes quedaron a disposición de la Administración sin iniciarse ejecución alguna

No procede la reversión inmediata pedida por el expropiado. El Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, en su artículo 64.2 señala que «en todo caso, transcurridos cinco años desde la fecha en que los bienes o derechos expropiados quedaron a disposición de la Administración sin que se hubiera iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio o dos años desde la fecha prevista a este efecto, los titulares de aquellos bienes o derechos o sus causahabientes podrán advertir a la Administración expropiante de su propósito de ejercitar la reversión, pudiendo efectivamente ejercitarla si transcurren otros dos años desde la fecha de aviso sin que se hubiere iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio».

Por tanto, es un presupuesto normativo el preaviso de carácter sustantivo exigible para el ejercicio de la acción de reversión. Sin embargo, ese escrito presentado pudiera valer como el aviso previo a que se refiere este precepto.

8. Análisis de las cláusulas incluidas en el pliego de cláusulas administrativas

En primer lugar, debemos señalar que al fraccionamiento del objeto del contrato en lotes se refiere el artículo 86 del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, señalando que:

«1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.

2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como esta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16».

Resulta obvio que en el presente caso, era perfectamente posible y aconsejable la división en lotes del objeto del contrato al tratarse de unas obras muy amplias y susceptibles de ser divididas por tramos independientes. Esto conllevaría una mayor rapidez en su ejecución. (Precisamente, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Gobierno el día 25 de noviembre de 2016, en tramitación parlamentaria en estos momentos, incentiva que los contratos se dividan en lotes y debe justificarse cuando no se hace así).

Otra opción hubiera sido licitar varios contratos de obras para favorecer la concurrencia y preservar el interés público mediante una más rápida ejecución de las obras.

A) Los licitadores o sus representantes deberán incorporar un compromiso, para el supuesto de resultar adjudicatario, de constitución de una sociedad anónima debido al principio de una buena administración y basada la cláusula en la autonomía de la voluntad

Esta cláusula no viene impuesta en ninguna normativa del ordenamiento jurídico español o del ordenamiento comunitario. Fundamentan su imposición en el principio de buena administración, posible por la autonomía de la voluntad, siendo adecuada y proporcionada porque permite mayor control y rigor en su funcionamiento y, además, constituye un escaso gravamen constituir la sociedad anónima posterior a la adjudicación.

Sin embargo, la cuestión está suficiente y claramente regulada tanto en la Directiva 2004/18/CE con en la Directiva 2004/17/CE, además de en el TRLCSP.

El artículo 4 de la directiva dice, cuando habla de operadores económicos, que «no podrán rechazar ser candidatos o licitadores que, con arreglo a la legislación del Estado miembro en que estén establecidos, estén habilitados para realizar la prestación de que se trate por el mero hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro donde se adjudique el contrato, deban ser personas físicas o jurídicas [...] para la presentación de una oferta o solicitud de participación, los poderes adjudicador no podrán exigir que las agrupaciones de operadores económicos tengan una forma jurídica determinada, y solo se podrá olvidar a asumir una forma jurídica determinada cuando se le haya adjudicado el contrato en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo».

Se trata de justificar esta cláusula diciendo que es un instrumento para preservar el correcto cumplimiento de los mismos, pero es lo cierto que la escasa motivación impide conocer que sea un instrumento necesario.

Por tanto, esta cláusula, carente de justificación, es contraria a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución y contraria al artículo 1 del TRLCSP, que determina los principios que deben presidir la contratación administrativa. En este sentido, señala el referido precepto,

«la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos».

B) La solvencia técnica se acreditará, exclusivamente, por la experiencia de las empresas en anteriores obras de idéntica naturaleza

Esta cláusula parece que es una restricción inadmisibles a la libertad de acceso, en primer lugar porque solo permite acreditar la solvencia técnica por la experiencia, cuando el TRLSP indica que es posible acreditar la misma por alguno de los otros sistemas de acreditación establecidos. Esto significaría que sería imposible acreditar solvencia por un operador contratista que no ha tenido experiencia en el objeto concreto del contrato, restringiendo de esta manera la posibilidad de licitar a muchas empresas cuyo objeto social es el previsto en el objeto del contrato, pero al que nunca podrán acceder porque siempre debe haber una primera vez.

Exigir la experiencia como único criterio de solvencia limita desproporcionadamente la libertad de acceso y constituye un trato desigual y, en fin, un acto dictado en desviación de poder, pues tan solo pocas empresas podrán demostrar lo que se exige, impidiendo el paso a otras empresas, igualmente capacitadas, pero sin la experiencia previa.

Se ha de partir del principio del derecho comunitario que consiste en la garantía de la participación más amplia posible de licitadores, corolario de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

Por otra parte, no se justifica que solo es posible acreditar la solvencia técnica mediante la experiencia, excluyendo otros sistemas de acreditación de la solvencia técnica. Por otro lado, la solvencia debe ser tanto técnica como profesional (arts. 54 y 78 TRLCSP).

Finalmente, esta limitación puede convertirse en una limitación a la competencia contraria a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Al colocar una cláusula de este tipo en el pliego para la admisión de licitadores tan exigente, se está colocando en una posición de ventaja contraria a toda la normativa citada a un cierto o ciertos licitadores, algo que es contrario a los principios de la contratación pública

Señala el artículo 76 relativo a la solvencia técnica o profesional en los contratos de obras: «1. En los contratos de obras, la solvencia técnica del empresario deberá ser acreditada por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

- a) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los diez últimos años, avalada por certificados de buena ejecución para las obras más importantes; estos certificados indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de las obras y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término; en su caso, dichos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

- b) Declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas, estén o no integradas en la empresa, de los que esta disponga para la ejecución de las obras, especialmente los responsables del control de calidad, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes.
- c) Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de las obras.
- d) En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.
- e) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.
- f) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de las obras, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.

Este artículo debe interpretarse en concordancia con los principios de igualdad, concurrencia, no discriminación y libertad de empresa. Por lo tanto, la expresión que se utiliza al inicio del precepto en el sentido de que «en los contratos de obras, la solvencia técnica del empresario deberá ser acreditada por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación», no debe ser entendida restrictivamente, sino favorable al cumplimiento de aquellos principios y, por tanto, permitiendo que se pueda acreditar por los distintos medios comprendidos en dicho precepto, aunque, por supuesto, pueda también valorarse el de la ejecución de obras realizadas en los últimos 10 años (letra a) de dicho precepto).

C) *Finalmente, realizan un contrato de suministro para la adquisición de las señales informativas de las vías, por importe de 90.000 euros; se acordó como forma de adjudicación el procedimiento negociado con publicidad*

En relación con este argumento hay que precisar que carece de razón.

Es cierto que por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016 se aprobaron unas «Instrucciones para mayor publicidad y transparencia en la contratación pública», en las que se ordena la publicación de anuncios de los procedimientos negociados de la Administración General del Estado y se recomienda que adopten la misma medida el resto de Administraciones. En este sentido, así lo había hecho la Comunidad Autónoma de Cataluña mediante el Decreto-Ley 3/2016, de 31 mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública.

Esta supresión era una exigencia directa del Consejo Europeo a España en la Recomendación de 27 de julio de 2016, que también contiene la limitación de las adjudicaciones directas.

En el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público se suprime la posibilidad de procedimientos negociados sin publicidad por razón de la cuantía.

Pero el Acuerdo del Consejo de Ministros no deja de ser una instrucción –mandatos que los órganos superiores de la Administración pueden dirigir a los inferiores– que, en ningún caso, tiene el valor de una norma con rango de ley. Por tanto, el precepto del TRLCSP sigue vigente hasta que no se derogue mediante la aprobación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público o mediante cualquier otra disposición con valor de ley. Por ello, el incumplimiento de la instrucción puede originar algún tipo de responsabilidad, especialmente política, ya que incumple un órgano político y administrativo inferior como es el ministro que es el órgano de contratación, y no parece lógico que un ministerio no haga caso de la instrucción que le ha dado el Consejo de Ministros dado el principio de jerarquía con el que se organiza esta Administración; pero, desde la perspectiva de la validez de la decisión adoptada, no resulta afectada por el incumplimiento de la referida instrucción. Por tanto, no constituye ningún vicio el hecho de acordar la adjudicación de un contrato mediante el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía.

El artículo 6 de la Ley 39/2015, LPAC, se refiere a las Instrucciones y órdenes de servicio de la siguiente manera:

«1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir».

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley de 16 de diciembre de 1954 (LEF), arts. 54, 56 y 125.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 4 y 46.
- Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del Ejercicio de Alto Cargo, arts. 1 y 25.
- Ley 38/2015 (Sector Ferroviario), arts. 3, 5 y 6.
- RDLeg. 3/2011 (Contratos del sector público), arts. 1, 32, 54, 76, 78 y 86.
- Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de Expropiación Forzosa.
- Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016 por el que dicta «instrucciones para mejorar la publicidad y transparencia en la contratación pública».
- SSTS de 9 de mayo de 1990, 10 de abril de 1999, 26 de junio de 2000 y 4 de junio de 2003.