



JULIO GALÁN CÁCERES
Profesor del CEF

ENUNCIADO

Se significa que el presente supuesto práctico fue planteado en la prueba de ingreso en la función pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura, Cuerpo de Titulados Superiores, Técnicos de la Administración General, Especialidad Jurídica, año 2004.

Dentro del Plan Provincial de Carreteras aprobado por la Diputación Provincial de Cáceres para el año 2003, se incluye la realización de una obra de adecuación y mejora de la carretera provincial que discurre entre las localidades de las Tres Torres y Santa María de la Trocha, para lo cual se ha suscrito un oportuno convenio de colaboración con el Estado, al amparo de lo establecido en la Orden BBB/2003, de 31 de enero, de desarrollo y aplicación del Real Decreto DDD/2002, de 24 de junio, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las Entidades Locales. Para el cobro de la correspondiente subvención. Tal y como se hace constar tanto en el Real Decreto como en el convenio, las obras deberán estar finalizadas en la anualidad para la cual se concede la misma sin posibilidad de prórroga. Para la realización de dichas obras se hace necesario proceder a la expropiación de los terrenos de varios propietarios cuyas fincas lindan con la carretera, con quienes previamente se ha intentado llegar a un acuerdo sin conseguirlo.

Con anterioridad a su ejecución se produce la correspondiente aprobación y publicación del proyecto, iniciándose asimismo el expediente de expropiación forzosa de los terrenos afectados por la obra. No obstante, en el mes de agosto de 2003 y debido al cambio de la Corporación como consecuencia de las elecciones, el expediente se encuentra, todavía, sin tramitar. Por lo que el Presidente Provincial acuerda que el mismo se realice por el procedimiento de urgencia.

Se une al expediente toda la documentación necesaria para que por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma se proceda a la declaración de urgencia, y, en particular, a la retención del crédito con cargo al ejercicio de 2003, así como el oportuno informe técnico en

el que queda justificada la urgencia en la necesidad de efectuar las obras en el año 2003, ya que de no hacerse así, la Diputación perdería la subvención y, por tanto, no se podrían ejecutar las citadas obras.

A la vista del expediente tramitado, con el informe emitido por el órgano competente respecto a la declaración de urgente ocupación, el Consejo de Gobierno lo aprueba con fecha 2 de septiembre de 2003, publicándose el Decreto el día 5 de septiembre, tanto en el Diario Oficial de Extremadura como en uno de los periódicos de mayor circulación de la Provincia de Cáceres. Contra el mismo presenta recurso de reposición uno de los propietarios afectados que no es admitido por la Administración, en primer lugar, porque la legislación de expropiación forzosa prohíbe la posibilidad de recurso alguno contra la declaración de urgencia y, en segundo lugar, porque al tratarse de una disposición de carácter general no es posible recurso administrativo contra la misma.

Seguidamente, se acuerda citar a los propietarios de los terrenos afectados por la ejecución del proyecto para que comparezcan en el Ayuntamiento de las Tres Torres (sin perjuicio de trasladarse a las fincas si ello fuera necesario) a fin de procederse al levantamiento de las correspondientes actas previas a la ocupación de los mismos, señalándose para ello, día 30 de septiembre de 2003, a las 12,00 horas.

Consta en el expediente que todas las citaciones han llegado a sus destinatarios el día 12 de septiembre. En las mismas, además de señalarse el nombre del propietario, la descripción de la superficie afectada por la expropiación y el lugar, día y hora en que se realizará dicho trámite, se expresa que contra dicho acto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que los afectados realicen, hasta el momento de levantamiento de las actas, cuantas alegaciones estimen pertinentes a los efectos de subsanación de errores.

El día señalado comparece en el Ayuntamiento don XX, propietario de una de las parcelas afectadas por el expediente donde reside, y se opone a dicho acto alegando que existe indefensión por negársele el derecho a recurrir frente a la citación; además entiende que no está justificado que el trazado de la carretera pase por su finca. No obstante, el representante de la Administración levanta el acta, sin la conformidad del propietario quien, no obstante, la firma para hacer valer las alegaciones que realiza.

Por su parte, don RR, quien no ha leído la notificación por no encontrarse en su domicilio en el momento de recibirla, ni tampoco ha leído las publicaciones realizadas en el periódico y en el Diario Oficial, asesorado por su abogado, comparece en su finca, sin que, transcurrida una hora, comparezca nadie.

Al día siguiente la Diputación Provincial realiza los depósitos previos a la ocupación y, diez días después, extiende el acta de ocupación definitiva. A su vez, don XX, el día 15 de octubre presenta recurso de reposición frente a la citación para el levantamiento de las actas previas, solicitando la nulidad o, en su defecto, la anulación de dicho acto y de todos los trámites posteriores reali-

zados, sobre la base de los motivos que ya alegó el día 30 de septiembre ante el representante de la Administración.

Por otro lado, don RR, también, presenta el oportuno recurso de reposición al entender que el acta previa a la ocupación debería haberse levantado en la finca de los propietarios y no en el Ayuntamiento de las Tres Torres, lo que le ha causado un perjuicio irreparable al no haber podido presentar las correspondientes alegaciones al acta, entre ellas, el hecho de que según la medición realizada recientemente, su finca tiene una extensión de 700 metros cuadrados más de la que se ha hecho constar.

Es de hacer constar que el Director de la Obra desempeñaba, con carácter principal, otro puesto de trabajo en el sector público, hallándose en la situación administrativa de servicio activo como funcionario en la Diputación Provincial (titulado superior, especialidad Ingeniero de Caminos), y, desde hacía ya varios años contaba con la autorización expresa para simultanear su puesto público con el ejercicio privado de su profesión como Ingeniero, otorgada por el órgano competente.

Contratadas en el mes de noviembre de 2003 las obras a la empresa ACROMAN, ésta inicia la ejecución del contrato y, cuando pretende realizar el movimiento de tierras en la superficie expropiada a don XX, éste impide la entrada del personal y de las máquinas. Estas circunstancias son puestas de manifiesto por el contratista al Director de la obra, quien las comunica al órgano de contratación de la Diputación Provincial a fin de que se realicen las actuaciones correspondientes para que puedan continuar las obras.

La empresa ACROMAN endosó en fecha 13 y 19 de enero de 2004 las certificaciones de obras números 1 y 2 correspondientes a los meses de noviembre y diciembre, por un importe de 28.600 y 46.241 euros, respectivamente, a la entidad financiera YY S.A., con toma de razón por parte de la Administración en las mismas fechas indicadas. El 2 de febrero de 2004 el Juzgado de Primera Instancia de Zafra se dirige a la Diputación indicando que, por haberlo acordado en el procedimiento 27/02, seguido a instancia de Guzmán, S.L. contra ACROMAN, S.A., se proceda a la retención y puesta a disposición del Juzgado las certificaciones pendientes de cobrar por la demandada ACROMAN, hasta un total de 80.296 euros, cantidad calculada de principal, intereses, gastos y costas.

El día 10 de febrero la Diputación Provincial pone en conocimiento del Juzgado que las únicas certificaciones pendientes de la empresa son las números 1 y 2, que se encuentran endosadas a la entidad financiera YY, S.A, relacionándose importe de las mismas y fechas de toma de razón de los endosos por parte de la Administración.

El 16 de febrero el Juzgado referido requiere a la Diputación Provincial para que en virtud de lo dispuesto en el procedimiento 27/02, se proceda a transferir a la Caja de Consignaciones del Juzgado las cantidades retenidas al demandado ACROMAN, como deuda pendiente del indicado procedimiento. El 20 del mismo mes se procede por parte de la Diputación Provincial de Cáceres al ingreso de las referidas certificaciones a favor del Juzgado número 2 de Zafra.

El día 1 de marzo de 2004, por la representación de la entidad financiera YY, S.A., se solicita a la Diputación Provincial el abono del principal e intereses de las certificaciones de obras endosadas a dicha entidad por la empresa ACROMAN.

En uno de los tramos de la carretera afectado por las obras y donde se realizan trabajos de adecuación de su trazado consistente en la ampliación de la calzada, se produce el día 3 de noviembre de 2003, a las 5,30 horas, un accidente de tráfico cuando el vehículo propiedad de don TT, mientras circulaba por dicho tramo, vuelca tras introducirse las ruedas en un bache que ese mismo día había dejado una máquina excavadora. La zona sólo tenía señalización vertical de limitación de velocidad a 60 kms/hora. Como consecuencia del accidente se producen daños en el vehículo por importe de 9.016.000 euros. Según constaba expresamente en el pliego de cláusulas administrativas, la debida señalización de los tramos era obligación del contratista.

El 5 de diciembre de 2003, don TT presenta ante la Diputación Provincial la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que es resuelta por el Pleno de aquélla en sentido desestimatorio.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Resulta ajustada a derecho la declaración de urgencia realizada en el caso?
2. ¿Tiene razón la Administración al no admitir el recurso interpuesto contra la declaración de urgencia y los motivos alegados?
3. ¿Qué informes serán precisos con carácter previo a la declaración de urgencia?
4. Analice la procedencia o no del recurso de reposición interpuesto por don XX interpuesto el día 15 de octubre.
5. Analice la procedencia o improcedencia del recurso de don RR.
6. Analice la situación del Director de la Obra, funcionario activo de la Diputación Provincial y, en su caso, las consecuencias de su actuación.
7. Analice la oposición de don XX a que el personal de las obras y la maquinaria entren en la finca y medidas para resolver el problema.
8. Fundamento jurídico de la solicitud realizada por la entidad financiera YY, S.A., a la Diputación provincial y procedencia o no de la misma.
9. Analice todo lo concerniente a la reclamación de daños y perjuicios planteada por el accidentado.

SOLUCIÓN

1. Ajuste a derecho de la declaración de urgencia.

Como ya hemos señalado en otros supuestos prácticos anteriores, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo (TS) la necesidad de interpretar los presupuestos normativos de la expropiación de urgencia en sentido estricto, tal y como reclama su carácter excepcional. Por ello, ante el abuso sistemático que de este procedimiento ha hecho la Administración, el TS sostiene la necesidad de que concurra un doble presupuesto para legitimar una declaración tal, que se concreta, de un lado, en la concurrencia de circunstancias de carácter excepcional y, de otro, en la exigencia de que la Administración expropiante motive suficientemente el acuerdo que declare la urgencia.

La efectiva concurrencia de las circunstancias de excepcionalidad que permite acudir al procedimiento del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) permite un control judicial de los hechos determinantes de la urgencia y de cómo éstos han sido apreciados por la Administración, de modo que quede suficientemente probado que se dan circunstancias urgentes reales que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago del justiprecio. Como consecuencia lógica de ello, la Jurisprudencia exige la necesidad de motivar debidamente el acuerdo que declare la urgente ocupación con expresa exposición de las circunstancias que lo justifican, que es la vía para detectar la necesidad intrínseca de la decisión y evitar que el procedimiento de urgencia pueda ser acordado de forma arbitraria por la Administración.

Igualmente, es jurisprudencia del TS que la excepcionalidad que, para declarar la urgente ocupación, prevé el artículo 52 de la LEF no deriva de circunstancias de orden público o de cualquier otra ajena al proyecto, sino de la imperiosa necesidad de ejecutar inmediatamente unas obras, que no permita emplear el procedimiento expropiatorio común u ordinario, cuya diferencia con el de urgencia no es otra que la de ser posible la ocupación de los bienes antes de tramitar el procedimiento administrativo de justiprecio.

En base a lo afirmado con anterioridad y teniendo en cuenta el supuesto que analizamos, resulta, cuanto menos, discutible y dudoso mantener la existencia de urgencia legal que justifique el procedimiento utilizado.

Admitimos que si la urgencia hubiera sido declarada desde el principio para estas obras, habida cuenta, del escaso periodo de tiempo para la realización de las mismas (un año), la naturaleza de ellas (se trata de mejora de una carretera beneficioso para la seguridad y el interés general), así como la condición impuesta en la subvención concedida para aquéllas respecto a su finalización, no cabe duda de que dicha declaración de urgencia, motivada en lo señalado, hubiera sido ajustada a derecho. Pero no fue así, la declaración de urgencia se hace por la razón de que los órganos competentes han permanecido inactivos sin razón aparente o justificativa –porque el hecho de la existencia de unas inminentes elecciones locales no puede considerarse como razón para incumplir sus deberes–,

y ello provoca que el tiempo pase y que, de seguir el procedimiento normal de expropiación, parece materialmente imposible concluir a tiempo las proyectadas obras. De manera que, la declaración del procedimiento de urgencia se convierte en un remedio para la actuación ilegal y no ajustada a derecho de la Administración.

No es ése el espíritu de la LEF cuando permite un procedimiento excepcional que supone una evidente restricción para los afectados por la expropiación, puesto que se ocupa el bien antes del pago del justiprecio. La urgencia ha de provenir de la necesidad de acometer cuanto antes las obras porque así lo demanda el interés general. Aceptar otro criterio al respecto, es una forma perversa y equivocada de interpretar la motivación de la urgencia; supondría tranquilizar a los órganos administrativos en el sentido de que no importa que no cumplan con sus deberes legales pues la Ley les permite, luego, remediarlo, con la utilización de procedimientos excepcionales restrictivos para los derechos e intereses de los administrados. Supondría, en suma, convertir la regla general -el procedimiento ordinario- en la excepción, y la excepción -procedimiento de urgencia- en la regla general. El procedimiento excepcional no puede convertirse en un instrumento que la Administración maneje a su antojo, utilizándolo para encubrir actuaciones ilegales o inacciones indebidas.

Desde el punto de vista que comentamos lo precedente, con independencia de otras medidas a adoptar, es la exigencia de todo tipo de responsabilidades a las autoridades y titular de los órganos administrativos responsables, por su inactividad injustificada a la hora de tramitar los correspondientes expedientes de expropiación por el procedimiento normal, de que la situación haya llegado a donde ha llegado, es decir, una pérdida de tiempo sólo subsanable con la aplicación del procedimiento excepcional de urgencia.

También merece un pequeño comentario la motivación de la urgencia en el presente caso. No se basa en, por razones de seguridad y de interés general, finalizar, cuanto antes las obras de acondicionamiento y mejora de la carretera, que parece lo lógico, sino en que la subvención para la misma impone la condición de que finalicen en la misma anualidad. Sin embargo, no cabe duda de la conexión entre una y otra cosa, por lo que podría ser suficiente para la aplicación del procedimiento de urgencia.

De cualquier manera, la Ley admite la aplicación del procedimiento «en cualquier momento»; luego, si tenemos en cuenta la existencia de un motivo sobrevenido en el presente caso y el perjuicio que se causa al interés general si por pérdida de la subvención las obras no se pueden llevar a cabo posteriormente, que es lo verdaderamente importante, podemos defender el ajuste a derecho de la aplicación del procedimiento de urgencia declarado.

No podemos olvidarnos, tampoco, de lo establecido en el artículo 129.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (TRLCAP) «en la tramitación de los expedientes de contratación referentes a obras de infraestructuras hidráulicas, de transporte y de carreteras, se dispensará del requisito previo de disponibilidad de los terrenos, si bien la ocupación efectiva de aquéllos deberá

ir precedida de la formalización del acta de ocupación». Pero, desconocemos, en el presente caso, si era suficiente esta medida para finalizar las obras en el plazo establecido.

2. No admisión del recurso contra la declaración de urgencia.

Se basó en dos motivos, pero adelantemos que en ninguno de ellos tiene razón la Administración. Así:

- a) Respecto a que la declaración de urgencia no admite recurso alguno, debemos señalar que aunque es cierto que el artículo 56.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa (REF), aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, indica que no cabe recurso alguno contra el acuerdo en que se declare la urgente ocupación de los bienes y derechos, la realidad es que esta determinación legal, desde la Constitución de 1978, ha de entenderse derogada por oposición a un derecho fundamental como el de la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 de nuestro más alto Texto Legal. No puede haber, en un Estado de Derecho, parcelas de la Administración no controlable por los Tribunales cuando esa prohibición no tenga más base legal que la voluntad administrativa o incluso la del propio legislador.
- b) Con relación a que la declaración de urgencia realizada por Decreto del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Extremadura es una disposición general exceptuada de recurso administrativo, nada más alejado de la realidad. Se trata de un acto administrativo sin más que, en absoluto, participa de las notas típicas de las disposiciones generales o reglamentos tales como:
 - Que son fuentes de derecho con valor subordinado a la ley.
 - Que, por ello, crean normas jurídicas.
 - Que tienen vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico no agotándose con su mera aplicación.
 - Que están sometidas a un procedimiento administrativo especial de elaboración.
 - Que pueden ser recurridas por cualquiera.
 - Que, normalmente, afectan a una pluralidad indeterminada de personas, o, entre otras.
 - Que no admiten la revisión de oficio a solicitud de interesado sino sólo de oficio.

Por tanto, como acto administrativo que proviene del Gobierno de la Comunidad, pone fin o agota la vía administrativa, pudiendo interponerse contra ellos, el recurso de reposición potestativo o, directamente, el recurso contencioso-administrativo.

3. Informes previos a la aprobación del Decreto que declara la urgente ocupación.

Signifiquemos, previamente, que son el Gobierno Central y, en su caso, los Gobiernos Autonómicos, cuando hayan sido transferidas las competencias en su favor -en este caso, se trata de carretera comarcal competencia de la Comunidad Autónoma-, los únicos competentes para declarar aplicable el procedimiento urgente de expropiación.

Parece que deberían ser los informes previos:

- a) Por un lado, el de la Consejería competente en materia de Hacienda, pues el artículo 52 de la LEF señala que en el expediente que se eleve al Consejo de Ministros, en este caso, al Gobierno de la Comunidad, deberá figurar, necesariamente, la oportuna retención del crédito, con cargo al ejercicio en que se prevea la conclusión del expediente expropiatorio y la realización efectiva del pago.
- b) Como se trata de justificar la aplicación del procedimiento de urgencia en la subvención condicionada a que finalicen las obras en la misma anualidad, será preciso adjuntar informe o resolución de la Administración subvencionante en este sentido.
- c) Finalmente, como no puede la Diputación Provincial determinar, por sí, la aplicación del procedimiento de urgencia, será preciso informe de la misma, dirigido al Gobierno de la Comunidad, solicitando de forma motivada la aplicación del citado procedimiento.

4. Recurso de don XX contra la cédula de citación para el levantamiento de las actas previas a la ocupación de los terrenos.

El recurso lo basa don XX en que se le causa indefensión al negársele la posibilidad de recurrir la citación y en que entiende que no está justificado que el trazado de la carretera pase por su finca.

Varias cuestiones debemos distinguir en torno a este recurso:

- a) Es extemporáneo, pues el relato de hechos afirma que el día 12 de septiembre ya se había comunicado la citación a todos los afectados, luego si el recurso lo interpone el día 15 de octubre, el mismo está fuera del plazo del mes que se fija por la Ley 30/1992 para poder recurrir. Por esto tan sólo, el citado recurso deberá ser no admitido.
- b) La citación en sí, no es un acto recurrible, al no ser, en sentido estricto, un acto administrativo que contenga una declaración de voluntad, deseo o juicio de la Administración a la que poder oponerse. Se trata de un mero acto de comunicación al interesado sobre una decisión administrativa tomada previamente, que era lo que sí se podría recurrir. Cuestión

diferente es que se hiciera de forma indebida, incompleta o irregular. Pero si así fuera, no estaríamos hablando de invalidez en sí del acto porque contenga algún vicio de los artículos 62 ó 63 de la Ley 30/1992, sino que estaríamos ante una comunicación o notificación ineficaz, cuyo resultado sería que no produce efecto alguno, que se tiene por no hecha y, por ello, hay que volverla a repetir, salvo que el propio interesado la subsane a través de alguno de los medios contemplados en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC).

- c) Suponiendo que se admitiera el recurso, se trataría, en suma de un acto de trámite no cualificado no recurrible (art. 107 de la LRJAP y PAC).
- d) Con respecto a los motivos que alega en defensa de su recurso, en primer lugar, debemos resaltar que no se le ha producido indefensión de ningún tipo por no poder recurrir este acto de la citación pues reiteramos que si no se hubiere realizado en forma legal, ningún efecto se hubiera producido, no sería válida, se tendría por no hecha, de manera que dónde estaría el perjuicio para el interesado. El concepto de indefensión, según reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del TS, no es un concepto puramente formal que surja tan pronto la Administración deje de observar un trámite previsto por la Ley, sino que la misma debe ser material, real y efectiva, en suma, que la omisión del trámite o su mala realización haya perjudicado a los derechos o intereses de los interesados. En el caso que analizamos, ningún perjuicio real acredita el que lo invoca, es más, asiste al acto del levantamiento de las actas previas a la ocupación y puede intervenir y alegar lo que a su derecho estime pertinente.
- e) Respecto al otro motivo alegado en el sentido de que no está justificado que la carretera pase por su propiedad, debemos señalar, primero, que nada tiene que ver con la comunicación de la citación que es lo que recurre y, segundo, que ésta es una cuestión de fondo que debió impugnar cuando se le notificó la resolución administrativa que decidía el traslado de la carretera. Al no hacerlo así, estamos en presencia de un acto consentido y firme y, por ello, no recurrible, salvo que en el futuro apareciera una de las causas previstas en el artículo 118 de la Ley 30/1992 para el recurso administrativo extraordinario de revisión, que no parece el caso.

Por otra parte, en el expediente y en la aprobación del proyecto que decidía el trazado de la carretera existió un período de información pública donde pudo oponerse a tal decisión administrativa. O bien, pudo recurrir el acuerdo de necesidad de ocupación dictado en su día, porque el relato de hechos señala literalmente «que se había iniciado el expediente de expropiación forzosa de los terrenos afectados por las obras», y el artículo 22.1 de la LEF admite recurso administrativo contra ese acuerdo que, por cierto, inicia el expediente expropiatorio (art. 21.1 de la LEF).

En conclusión, tuvo ocasiones diversas para alegar su disconformidad con el nuevo trazado de la carretera que afectaba a su finca y, sin embargo, no realizó oposición alguna para ello. Cualquier alegación futura en este sentido está fuera de tiempo y de forma.

5. Recurso de don RR contra el acta previa a la ocupación por haberse levantado aquél en el Ayuntamiento y no en su finca, lo que le ha producido un perjuicio irreparable al no haber podido presentar las correspondientes alegaciones al acta, entre ellas, que, según, una medición de su finca realizada recientemente tiene 700 metros cuadrados más de la que se ha hecho constar.

Vale lo dicho en la pregunta anterior respecto a que se trata de un acto no recurrible por ser de mera constancia y, en todo caso, de trámite no cualificado, para decretar la no admisión del mismo. Ahora bien, los motivos que utiliza en el recurso pueden ser considerados como unas alegaciones - que la Ley permite que se puedan hacer a lo largo del procedimiento- que deben ser tenidas en cuenta por la Administración.

Por otra parte, no olvidemos que si se trata de un error de hecho o aritmético, la Administración puede subsanarlo en cualquier momento (art. 105 de la LRJAP y PAC).

Luego, no se le origina la indefensión alegada porque puede informar a la Administración de lo que alega en cualquier momento y ésta poner remedio a este posible error en la medición (es una mera cuestión fáctica fácilmente subsanable mediante la realización de algo tan sencillo como una nueva medición).

Por otro lado, es cierto que el artículo 52.3 señala literalmente que «en el día y hora anunciados se constituirán en la finca que se trate de ocupar...». Sin embargo, debemos hacer las siguientes puntualizaciones:

- a) Que desconocemos si a don RR se le hizo la notificación correctamente, en los términos previstos en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, es decir, dos intentos de notificación en hora distinta y si resultaren infructuosos la publicación en tablón de edictos del Ayuntamiento de su domicilio y en el Diario Oficial correspondiente. Si no fue así, esa notificación no tendría invalidez alguna y el levantamiento del acta previa a la ocupación de su finca no es eficaz, había que repetir todo otra vez.

En el presente caso, don RR tuvo conocimiento del día en que se iba a levantar el acta previa de ocupación a su finca, por la sencilla razón de que el relato de hechos indica que habla con su abogado y acude a su finca, el problema es que se hace en el Ayuntamiento y no en la finca. Luego, si en la citación se le indicaba que se iba a hacer en el Ayuntamiento y no tuvo conocimiento de ello porque la notificación fue defectuosa, no se produjo la subsanación de la misma y, por tanto, nada de lo realizado es eficaz y hay que repetir todo otra vez. Si por el contrario, sabía dónde se iba a realizar el acto y no acudió porque no quiso, entendemos que subsanó el posible defecto de la notificación y, por este motivo tan sólo, no es ineficaz el levantamiento del acta previa.

- b) Los hechos nos indican que antes de declararse la urgente ocupación, se había iniciado el expediente de expropiación. Esto significa había existido el acuerdo de necesidad de ocupación que es el acto que inicia el expediente y, suponemos, que se le notificó debidamen-

te. En el mismo constaría la identificación de la finca expropiada, su extensión, sus linderos..., etc. y, sin embargo, no consta se opusiera a nada de ello en el trámite de información pública, instase rectificación alguna o interpusiera recurso contra tal acuerdo de necesidad de ocupación mostrando su disconformidad con algo.

- c) Después, se declara la urgente ocupación. Señala el artículo 56.2 de la LEF que «... los interesados, publicada la relación y, hasta el momento del levantamiento del acta previa, podrán formular por escrito ante el órgano expropiante alegaciones, a los solos efectos de subsanar posibles errores que se hayan padecido al relacionar los bienes afectados por la urgente ocupación». Pues bien, pese a esta posibilidad, tampoco consta que instase nada.
- d) Pese a que el artículo 52.3 prevea el levantamiento del acta previa a la ocupación de los bienes expropiados en las fincas afectadas, nada impide, si existe causa para ello (mal tiempo, imposible acceso, enfermedad que impide el desplazamiento del interesado...) que ese acto se pueda realizar en otro lugar.
- e) Si tenemos en cuenta que entre el acta previa a la ocupación y la formulación de las hojas de depósito previas debe mediar un plazo (art. 52.4 de la LEF), nada impediría subsanar en ese espacio de tiempo el error surgido en la medición de la finca.
- f) En todo caso, el justiprecio definitivo se fijará con posterioridad con arreglo a las reglas de los artículos 24 y siguientes de la LEF, de manera que nada impide que se reajuste lo que de menos hubiera podido cobrar el interesado en concepto de depósito previo, teniéndolo en cuenta en la fijación definitiva del justiprecio.

En conclusión y, salvo notificación mal realizada y no subsanada que acarrearía la ineficacia de todo lo actuado, entendemos que el hecho de realizar el levantamiento del acta previa en el Ayuntamiento y no en la finca, se trataría de una irregularidad no invalidante que no causa perjuicio o indefensión alguna a don RR.

6. Análisis de la situación del Director de la Obra que es, a su vez, funcionario de la Diputación Provincial, como Ingeniero de Caminos.

Resulta de aplicación la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración Pública, Ley 53/1984, de 26 de diciembre, que, en virtud de lo señalado por su disposición final primera, resulta de aplicación al considerarse todos sus artículos bases del régimen estatutario de la función pública, a excepción del artículo 17 q), la disposición adicional cuarta y la disposición transitoria séptima.

El relato de hechos nos señala que se le había concedido autorización expresa de compatibilidad para simultanear su puesto público con el ejercicio privado de su profesión de Ingeniero. También se resalta que en la resolución por la que se le autorizó esa compatibilidad se le señalaron todos los límites y condicionantes propios del ordenamiento jurídico de aplicación. Esto significa que debió informársele del contenido de los artículos 11.1 de la Ley 53/1984 y 9.º del Real Decreto 598/1985,

de 30 de abril, reglamento de la Ley, que señalan: «... el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado.

Se exceptúa de dicha prohibición las actividades particulares que, en el ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados».

De manera que el citado funcionario pertenecía a la Administración contratante (Diputación Provincial) como funcionario en activo, luego estaba incompatibilizado para ejercer su profesión particular como director de esas obras que afectaban a su trabajo en la Administración puesto que era Ingeniero de Caminos, existiendo una clara contradicción de intereses públicos y privados.

La consecuencia de esta actuación será:

- a) Por un lado, que ha incurrido en la comisión de una presunta infracción disciplinaria muy grave, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.º h) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Régimen Disciplinario de los Funcionarios: de manera, que se procederá a la incoación de un expediente disciplinario por esa presunta infracción muy grave conforme a los artículos 27 y siguientes del citado Real Decreto.
- b) Por esta mera circunstancia, sus actuaciones no gozan de invalidez; ahora bien se demuestra que por ella, ha actuado con vulneración del ordenamiento jurídico, entonces será susceptible de anulación.

7. Oposición de don XX a que el contratista entre en la finca para realizar la obra. Modo de proceder.

Lo primero que debemos significar es que llama la atención que se pudiera producir ese problema cuando el relato de hechos afirma que el terreno se trataba ya de una «superficie expropiada». Es decir, que con independencia de los recursos que don XX pudiera interponer y, salvo que se hubiere decretado la suspensión, ya se había producido la toma de posesión del terreno con el consiguiente acta de ocupación (recordemos que se había aplicado el procedimiento de urgencia, luego se habían ocupado ya los terrenos), por parte de la Administración. Esto quiere decir que, jurídicamente, la finca era ya propiedad de la Administración.

Si éste es el caso, lo que se ha producido es una invasión u ocupación indebida de la finca por parte del señor XX que podría determinar que aquélla pusiera en marcha el privilegio o prerrogativa que la legislación le atribuye en relación con sus bienes, en concreto, la recuperación de oficio prevista en el artículo 44 c) del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprue-

ba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (no olvidemos que se trata de la Diputación Provincial), cuyo procedimiento se contempla en el artículo 71 de dicho texto legal, exigiendo acuerdo de la Corporación. Una vez finalizado el procedimiento con el cumplimiento de todos los requisitos legales, podría utilizar todos los medios compulsorios o de ejecución forzosa, legalmente admitidos, sin perjuicio de que si los hechos usurpatorios tienen apariencia de delito se ponga en conocimiento de la autoridad judicial y, sin perjuicio asimismo, de que si hubiere base para ello se procediera a incoar el oportuno expediente por presunta infracción administrativa contra el patrimonio de la Administración (Título XI de la Ley 7/1985, de 7 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local).

Por lo tanto, la Corporación, previa notificación del acuerdo correspondiente y previo apercibimiento, puede acudir al lanzamiento forzoso del señor XX de la finca, utilizando, si para ello es necesario, la ayuda de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La otra posibilidad a tener en cuenta es que, de forma sorprendente, se hubiera permitido la permanencia del señor XX en la finca sin que, en ningún momento, se le hubiera lanzado de la misma ni se le hubiera apercibido de lanzamiento, de manera que don XX sigue ocupando aquélla. En este caso, no podemos olvidar que el relato de hechos nos indica que residía en la finca, por tanto, tenía su domicilio en la misma, luego si hay oposición por su parte, a la entrada debería solicitarse la correspondiente autorización al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (arts. 96.3 de la Ley 30/1992 y 8.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), antes de proceder al lanzamiento forzoso.

Ya el artículo 59 del REF señala que «caso de que alguien opusiera resistencia a la ocupación acordada, el beneficiario se dirigirá al Gobernador Civil -hoy deberá entenderse Delegado del Gobierno- quien después de cerciorarse de que han sido cumplidos los trámites de la Ley, le prestará el auxilio de la fuerza pública para efectuar el lanzamiento y ocupación».

8. Fundamento Jurídico de la solicitud realizada por la entidad financiera YY, S.A., a la Diputación Provincial y procedencia de la misma.

El artículo 100 del TRLCAP permite que los contratistas que tienen derecho de cobro frente a la Administración puedan ceder el mismo. Para que la cesión del derecho de cobro tenga plena efectividad frente a la Administración, será requisito indispensable la notificación fehaciente a la misma, del acuerdo de cesión.

Creemos, que resulta igualmente, de interés reseñar lo establecido en el artículo 99.7 del TRLCAP «sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan para la ejecución del contrato, sólo, podrán ser embargados en los siguientes supuestos:

- a) Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de las mismas.
- b) Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidos a la ejecución del contrato».

Con independencia de la vinculación que esta determinación legal deba producir tanto en la Administración como en los órganos jurisdiccionales, es lo cierto que, como señala el artículo 118 de la Constitución «es obligado cumplir la sentencias y demás resoluciones judiciales firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto». Por lo tanto, a la Administración no le queda más remedio, so pena de incurrir sus miembros en responsabilidad penal por desobediencia, que cumplir lo ordenado por un órgano judicial.

Ahora bien, el problema, en este caso, radica en que se había producido la transmisión del derecho al cobro a favor de la entidad financiera por parte del contratista, cumpliendo éste con el requisito legal de comunicación a la Administración. Por ello, la Administración estaba obligada a cumplir con lo dispuesto en el artículo 100.4 del TRLCAP en el sentido de que «una vez que la Administración tenga conocimiento del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario». Quiere decirse con ello, que, legalmente, el titular de ese derecho no es ya el contratista sino la entidad financiera. Luego ni un órgano judicial puede embargar derechos de cobro -certificaciones de obras- de una persona a la que ya no pertenecen -el contratista-, ni la Administración puede cumplir una resolución judicial en esos términos. Porque el Juzgado ordena embargar unas certificaciones de obras pertenecientes al contratista, pero, si, legalmente, aquéllas ya no pertenecen al contratista sino a una entidad financiera, la obligación de la Administración era contestar al Juzgado que no existían certificaciones de obras ninguna pendiente de pago a favor de la contratista y que, por ello, no podía embargar derecho de cobro alguno.

El artículo 1.526 del Código Civil regula la transmisión de créditos y demás derechos incorporales, señalando que «la cesión de un crédito o acción no surtirá efectos contra terceros sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad de los artículos 1.218 y 1.227». Esto se había producido ya en el caso que analizamos.

En conclusión, la Diputación Provincial obró ilegalmente porque, en ningún caso, debió transferir al Juzgado unas cantidades que no pertenecían ya a la contratista, sino a la entidad financiera. Por tanto, deberá reintegrar a aquélla en la cantidad que transfirió al Juzgado, en concepto de embargo, así como los oportunos intereses legales producidos hasta el día del pago.

9. Reclamación de don TT por accidente de tráfico.

Varias cuestiones debemos abordar:

- a) La reclamación se hace en virtud de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de los artículos 106 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992. Está en plazo, puesto que no había transcurrido el plazo de un año.
- b) El órgano competente para resolver será el Presidente de la Diputación Provincial en virtud de la cláusula residual de competencia establecido en el artículo 21.1 s) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (aquellas competencias que la legislación del Estado asignan al municipio y no atribuya a otros órganos municipales).
- c) Aunque la responsabilidad, por no señalar la existencia de un bache en un tramo de obras, es del contratista porque tanto el artículo 99 del TRLCAP señala que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, como el 97.1 indica que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requieran la ejecución del contrato, y en este caso el pliego señalaba que era obligación del contratista señalar los tramos de obra, no podemos olvidar que, respecto al tercero perjudicado, la titular del servicio es la Administración que, además, está obligada a vigilar que las obras se llevan a cabo conforme al pliego que sirve de base al contrato y a las instrucciones que diera el director facultativo de las obras (art. 143 del TRLCAP). Luego, existe una culpa in vigilando por parte de la Administración que posibilita que ese tercero, entre las varias posibilidades que se le ofrecen, dirija la reclamación contra la Administración sin perjuicio de que ésta, una vez satisfecha la reclamación a ese tercero, pida el reintegro de lo pagado a la contratista (arts. 19 y 21 del RD 429/1993, de 26 de marzo, Rgto. de Procedimiento de la Administración Pública en materia de responsabilidad patrimonial).
- d) Respecto al sentido desestimatorio del Pleno en cuanto a esta pretensión carece de justificación alguna, pues concurren todos los requisitos para la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exigidos en la Ley 30/1992.
- e) La resolución es inválida por incompetencia del pleno, aunque conviene no olvidar la técnica de la conservación de los actos administrativos, si el Presidente de la Diputación -que era el órgano competente para resolver esta reclamación- hubiere votado en el mismo sentido que el acordado por el Pleno.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, arts. 24, 106 y 139.
- Código Civil, art. 1.526.
- Ley de 16 de diciembre de 1954 (LEF), arts. 21.1, 22.1, 24 y ss., 52 y 56.
- Ley 53/1984 (Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración Pública), art. 11.1 y disp. adic. primera.

- Ley 7/1985 (LBRL), art. 21.1.
- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 58, 59, 62, 63, 96.3, 105 y 107.
- RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 52.3 y 4, 97, 99, 100, 129.2 y 143.
- RD 33/1986 (Rgto. Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Administración del Estado), arts. 6.º h) y 27 y ss.
- RD 1372/1986 (Rgto. Bienes de las Entidades Locales), arts. 44 c) y 71.
- RD 598/1995 (Rgto. de la Ley de Incompatibilidades), art. 9.º.
- Decreto de 26 de abril de 1957 (REF), arts. 56.2 y 59.