

Expropiación forzosa urgente; procedimiento y competencia de la Administración local

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Enunciado

El ayuntamiento de Los Remedios, de 3.000 habitantes, de régimen común, situado en una zona de senderismo que continuamente atrae a cientos de aficionados, especialmente durante la primavera y el verano, dando lugar a numerosos accidentes y lesiones de aquellos, ha acordado en el último pleno municipal mejorar los accesos al dispensario municipal, en el que se atienden diversas urgencias médicas.

En concreto, se plantea mejorar el acceso de los vehículos particulares y ambulancias que trasladan a quienes precisan de una primera asistencia sanitaria de urgencia, dado que el acceso actual obliga a rodear todo el pueblo cada vez que se pretende entrar o salir de las instalaciones del dispensario municipal, lo que en los supuestos de atención grave, que precisan de un traslado urgente a un centro hospitalario, se presenta como algo fundamental, ya que en los últimos meses se han dado diversos supuestos de crisis que debían ser atendidas a la mayor brevedad posible.

Para resolver este problema, se ha decidido suprimir un local comercial que existe en la Plaza Mayor del propio ayuntamiento, ubicado en el norte de la plaza, y, también, una oficina de información de turismo adscrita al ministerio competente en materia de Cultura colindante con el anterior local y correspondiente con la misma ubicación para que, tras su demolición, quedara libre y expedita la calle, ahora peatonal, que une el dispensario municipal, ubicado a la espalda del edificio del ayuntamiento, con la calle principal de la localidad, lo que permitiría reducir hasta en un 75 % el tiempo destinado al traslado de un enfermo desde el dispensario municipal y hasta el helipuerto, ubicado a la salida de la localidad, donde sería recogido por el helicóptero medicalizado de los servicios públicos de salud de la comunidad autónoma.

Para llevar a cabo esta medida, el ayuntamiento ha adoptado diversos acuerdos, entre los que se prevé la mejora y acondicionamiento de la calle donde está ubicado el dispensario, de un kilómetro de recorrido, la prohibición de aparcar vehículos en el tramo que va desde el centro sanitario hasta la propia calle principal de la localidad, y, por último, ha adoptado un acuerdo para la expropiación forzosa del local comercial que existe en la Plaza Mayor y del local que ocupa la oficina de información de turismo.

En concreto, y respecto a la expropiación del local comercial y del local destinada a oficina de información ciudadana, el ayuntamiento en pleno ha adoptado el siguiente acuerdo:

En relación con el local sito en la Plaza Mayor de la localidad, así como el local destinado a oficina de información ciudadana de turismo colindante a aquel, y con objeto de proceder a su expropiación forzosa por existir un interés público relevante, se

ACUERDA:

1.º Declarar la urgente ocupación del local comercial, sito en la Plaza Mayor del pueblo, y del local ocupado por una oficina de información de turismo y la expropiación de ambos locales.

2.º Una vez realizada la ocupación del bien, lo que se producirá en el plazo máximo de 12 días desde que se apruebe este acuerdo, se llevará a cabo la incoación del expediente de expropiación forzosa, en los términos previstos en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 1957.

Tres días después del pleno, el concejal de Cultura y Deporte del ayuntamiento, quien desde hacía 25 días lleva a cabo las funciones de secretario de la corporación municipal por enfermedad del titular, lleva a efecto el acuerdo del pleno municipal y procede a notificar, con fecha 15 de abril, a los titulares registrales del bien la declaración de urgente ocupación del bien, citándolos para cinco días después, el 20 de abril, en el propio local comercial, con objeto de llevar a cabo el acta previa de ocupación.

Ese mismo día en que se produce la notificación, se reincorpora de su baja el secretario-interventor municipal titular, que había estado de baja por enfermedad 27 días, el cual, a la vista de lo actuado, propone al alcalde que deja sin efecto todas las actuaciones realizadas y se procede a incoar nuevo expediente de expropiación forzosa, actuación que, efectivamente, realiza el alcalde.

Incoado, ahora sí, el nuevo expediente de expropiación forzosa, declarada la utilidad pública con arreglo a derecho, se procede de nuevo a notificar la declaración de urgente ocupación a los titulares de los locales objeto de expropiación, que ya había sido declarada por el Consejo de Gobierno de la correspondiente comunidad autónoma. Esta declaración de urgencia se produce tras la ocupación de los locales, para la que habían sido citados en el mismo para dentro de ocho días, con objeto de llevar a cabo el acta previa de ocupación.

El titular del local comercial que se pretende expropiar, el Sr. X., a la luz de la citada notificación, presenta un escrito dirigido al pleno del ayuntamiento en el que indica que no procede la expropiación, ya que no se dan los motivos y, además, entiende que el procedimiento que sigue es contrario a derecho.

Pese al escrito del particular, en la fecha señalada se produce el levantamiento del acta de previa ocupación, decidiendo la Administración expropiante que no procede indemnización por la urgente ocupación, entendiéndose que la retirada de las mercancías que están guardadas en el local, la mayoría género perecedero, es una obligación del propietario y que el justiprecio del bien ya viene a indemnizar cualquier daño o perjuicio en este sentido.

Levantada el acta de ocupación se prevé, inmediatamente después, la demolición del inmueble, lo que se producirá en un plazo no superior a los 15 días desde que se produzca el citado depósito de la cantidad fijada como indemnización.

El titular del local comercial, el Sr. X., a la vista del acta de previa ocupación levantada, vuelve a presentar un nuevo escrito en el ayuntamiento indicando que toda la actuación que se está llevando a cabo desde el principio carece de cualquier mínimo de legalidad y que, por tanto, procede que por parte del ayuntamiento se anulen todas las actuaciones realizadas hasta el momento.

Pese a ello, el ayuntamiento continúa con sus actuaciones y procede a depositar la cantidad que había fijado en el acta de ocupación en la Caja General de Depósitos, dando traslado de tal decisión al Sr. X.

Ante esta situación, y dada la inminente demolición del local comercial, el Sr. X. presenta un escrito dirigido a la comunidad autónoma correspondiente y al delegado del Gobierno en la comunidad autónoma, poniendo de manifiesto los hechos producidos y solicitando su actuación. Asimismo, le comunica que va a poner en marcha, en defensa de sus derechos, las distintas acciones que le asisten tanto en vía civil como en vía contencioso-administrativa.

Por otra parte, finalizadas ya la expropiación y solucionados con arreglo a derecho los problemas jurídicos planteados como consecuencia de dicho procedimiento, la Administración decide licitar las obras de la calle a acondicionar, con un valor estimado de 400.000 euros, por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación.

En el contrato y su pliego de cláusulas administrativas particulares, publicados el 1 de abril del año XXX, entre otras, se estableció:

1. El fraccionamiento del objeto del contrato en razón que la referida calle se extendía lo largo de 1 kilómetro.
2. Que la solvencia técnica del contratista se acreditaría, entre otras circunstancias, por la relación de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años,

El contrato se adjudicó a las empresas RRR, S.R.L. y BBB, S.A. La notificación de la adjudicación, tanto a las empresas adjudicatarias como al resto de licitadores se realiza el día 25 de noviembre del año XXX. Ante ello, tres licitadores (empresas de reciente creación) recurren en reposición la resolución de la adjudicación, el día 26 de diciembre de igual año, con base en el no ajuste a derecho del fraccionamiento del objeto del contrato.

Finalmente, se adquiere directamente, mediante contrato de compraventa a una empresa del ramo, las diversas señales nuevas informativas que se han de colocar en la calle una vez finalizadas las obras por un importe de 50.000 euros.

En otro orden de cuestiones, uno de los titulares de puesto en el mercado de abastos del municipio ha transmitido la titularidad de la concesión, dejando deudas impagadas en recaudación ejecutiva por el IBI. El alcalde solicita informe a la secretaria-interventora sobre

si se puede derivar por afección al nuevo titular de la concesión y, en su caso, proceder al embargo de sus bienes en caso de impago.

Cuestiones planteadas:

1. Irregularidades jurídicas. Causante de invalidez o no, respecto a los procedimientos de expropiación forzosa tramitados para la adquisición del local comercial y del local destinado a oficina de información de turismo. Igualmente, irregularidades de otros procedimientos administrativos a que se refiere el caso. ¿Cómo podría hacerse el ayuntamiento con la propiedad de este último si opta por otro medio que no sea la expropiación forzosa?
2. ¿Qué acciones habría podido llevar a cabo el Sr. X., tanto en vía administrativa como, en su caso, en vía judicial, en ambas expropiaciones y, si en su caso, podría reclamar indemnización alguna por las actuaciones del ayuntamiento?
3. ¿Quién más, en su caso, podría impugnar estas actuaciones del ayuntamiento?
4. Comente todo lo pertinente en torno al recurso presentado por los tres licitadores contra el acto de la adjudicación del contrato y sobre cómo ha de resolverse.
5. Ajuste a derecho del contrato para la adquisición de las señales nuevas informativas que deben colocarse en la calle finalizadas las obras.
6. Realice el informe solicitado por el alcalde a la secretaria-interventora sobre si se puede derivar por afección al nuevo titular de la concesión y, en su caso, si se pueden embargar sus bienes si no se paga la deuda.

Solución

1. Irregularidades jurídicas, causantes de invalidez o no respecto a los procedimientos de expropiación forzosa tramitados para la adquisición del local comercial y del local destinado a oficina de información de turismo. Igualmente, irregularidades de otros procedimientos administrativos a que se refiere el caso. ¿Cómo podría hacerse el ayuntamiento con la propiedad de este último si opta por otro medio que no sea la expropiación forzosa?

PRIMERA EXPROPIACIÓN

A) En primer lugar, para que un ayuntamiento pueda declarar urgente la ocupación, es preciso la autorización previa, bien del Gobierno de la nación, o bien del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma (es lo normal si se trata de entidades locales –SSTS de 23 de mayo de 2000, 21 de junio de 1993 o 12 de junio de 1992–), según a quien corresponda la competencia sobre la materia, porque las entidades locales, según constante en la jurisprudencia, carecen de competencia para declarar la urgente ocupación sin ese requisito previo.

B) En segundo lugar, es preciso también indicar que para que un ayuntamiento pueda acordar la expropiación forzosa para lo que tiene competencia, según el artículo 2.1 de la Ley de expropiación forzosa (LEF) de 26 de diciembre de 1954, es preciso que se haya declarado la previa declaración de utilidad pública o interés social, y esto es algo que no se consigue con un acuerdo plenario, sino que es preciso, o bien que una ley estatal o autonómica así lo haya declarado (art. 11 LEF), o bien que el ayuntamiento haya aprobado el correspondiente plan de obras o servicios, en cuyo caso estaríamos en presencia de una declaración implícita de la utilidad pública o interés social, que se contempla en el artículo 10 de la LEF, que señala, literalmente: «La utilidad pública se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio». Además, antes de que se produzca la declaración de urgente ocupación, en su caso, habrá tenido lugar la necesidad de ocupación, y el plazo de 15 días para alegar, a continuación del cual, cabría la declaración de urgente ocupación, pero no antes.

C) La declaración de urgente ocupación, regulada en el artículo 52 de la LEF, exige una serie de trámites para su validez, destacando, sobre todo, dos requisitos insoslayables:

- Por una parte, la motivación de la declaración: dado que se trata de una especialidad en el procedimiento, que consiste en una excepción que altera el orden de las fases del procedimiento general, primero se ocupa y después se paga, en vez de lo que ocurre en el proceso expropiatorio, en el que primero se ha de pagar y luego ocupar, es preciso que el acto esté debidamente motivado.

En este sentido, el citado artículo 56 del Reglamento de expropiación forzosa señala que «deberá estar debidamente motivado con la exposición de las circunstancias que, en su caso, justifican el excepcional procedimiento previsto en el artículo 52 de la Ley».

En este caso, no se produce motivación alguna, ya que, si bien se ha señalado una serie de antecedentes en el ficticio acuerdo, recogido literalmente en el supuesto, no se recoge justificación alguna, siendo el único sitio donde ha de recogerse. Luego existiría un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015 (LPAC).

- Y, por otra, el órgano competente: según el artículo 52 de la LEF, la competencia para la declaración de urgente ocupación corresponde al Consejo de Ministros o, en este caso, al Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma, ya que tal previsión se ha contemplado en los distintos reales decretos de traspaso de funciones y servicios.

En el presente asunto, no solo falta la motivación del acto, sino, lo que es más grave, la competencia del órgano para declarar la urgente ocupación.

Esta falta manifiesta de competencia de carácter material, implica, no solo la nulidad de pleno derecho del acto (art. 47.1.a, al ser órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia), sino que, al suponer una grave afectación de los intereses del particular y desarrollarse un procedimiento que no permite decir que venga a respetar mínimamente la apariencia exigida para poder ser declara-

rado como tal, se estaría incurriendo en una vía de hecho (cuando se actúa sin competencia o sin respetar las reglas del procedimiento)

Es decir, se trata de una pura actuación material que no está amparado ni tan siquiera en una mínima apariencia jurídica (STC 160/1991, de 18 de julio [NCJ064496]).

Excepcionalmente, se ha otorgado por ley que los ayuntamientos puedan realizar la declaración de urgencia, por ejemplo, en Baleares respecto al ayuntamiento de Palma (Ley de Baleares 23/2006, art. 75); en La Rioja se atribuye al ayuntamiento la declaración de urgencia implícitamente, al aprobar el proyecto de tasación conjunta en las expropiaciones urbanísticas (Ley 5/2006, art. 152.4); en el País Vasco, por motivos urbanísticos, en las expropiaciones forales o municipales, corresponde la declaración de urgencia, en el primer caso, al Consejo de Diputados y, en el segundo, al alcalde, en defecto de normativa de organización que lo atribuya a otro órgano (Ley del País Vasco 2/2006, atrs.177 y 178.2).

D) Actuación del concejal de Urbanismo llevando a cabo las funciones del secretario que, desde hacía un mes, estaba enfermo. La cobertura de puestos reservados se lleva a cabo mediante las formas previstas en el artículo 48 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, porque el artículo 2.1 del real decreto señalado establece que:

1. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, las siguientes:

a) Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

El artículo 48 se refiere a otras formas de cobertura de puestos reservados:

1. Con independencia de la provisión de puestos de trabajo por concurso y libre designación y de la asignación de puestos mediante nombramientos de primer destino, las Comunidades Autónomas podrán efectuar la cobertura de los puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, mediante los siguientes tipos de nombramiento:

a) Nombramientos provisionales.

b) Comisiones de servicios.

c) Acumulaciones.

d) Nombramientos accidentales.

e) Nombramientos interinos.

f) Comisiones circunstanciales.

2. La cobertura de un puesto mediante nombramiento provisional, comisión de servicios y acumulación, implicará el cese automático, en su caso, del funcionario interino o accidental, que lo estuviera desempeñando.

Por su parte, el artículo 52 se refiere a los nombramientos accidentales, señalando:

1. Cuando no fuese posible la provisión del puesto por los procedimientos previstos en los artículos anteriores del presente real decreto, las Corporaciones Locales podrán solicitar a las Comunidades Autónomas el nombramiento, con carácter accidental, de uno de sus funcionarios con la preparación técnica adecuada y, siempre que sea posible, que pertenezca al subgrupo A1 o cuente con una titulación universitaria. En las Corporaciones Locales de más de 5.000 habitantes, en todo caso, será un funcionario de carrera perteneciente al subgrupo A1.

2. Para que se pueda efectuar un nombramiento accidental, el puesto deberá estar vacante, o no encontrarse desempeñado efectivamente por su titular, por encontrarse en alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Comisión de servicios.
- b) Suspensión por un periodo superior a un mes.
- c) Excedencia por cuidado de familiares.
- d) Excedencia por violencia de género.
- e) Incapacidad temporal por periodo superior a un mes.
- f) Otros supuestos de ausencia, siempre que sea superior a un mes.

3. La Comunidad Autónoma efectuará el nombramiento accidental solicitado, siempre que no exista posibilidad de nombrar a un funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional para dicho puesto.

4. Para los supuestos de incapacidad temporal por periodos de tiempo inferiores a un mes, o ausencia del titular del puesto por vacaciones, asuntos propios u otras causas, por periodos inferiores a un mes, se podrá nombrar accidentalmente, a propuesta del Presidente de la Corporación a un funcionario propio de la Entidad Local, de acuerdo con la normativa autonómica.

5. En ningún caso podrá ser habilitado accidentalmente un funcionario interino para desempeñar un puesto reservado a funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional.

De manera que no parece ajustado a derecho que el concejal de Urbanismo sustituya al secretario, por lo que no serían ajustadas a derecho aquellas decisiones que hubiera adoptado, ya que el concejal no es funcionario propio del ayuntamiento.

Por lo tanto, las actuaciones en que haya intervenido el concejal como secretario de la corporación estarán viciadas de nulidad si se trata de sesiones plenarias donde intervino, porque la presencia del secretario o quien legalmente le sustituya es imprescindible para el *quorum* de la sesión, ya sea para el primer acuerdo que declaró la urgencia y acordó la expropiación, o cuando se aprobó, presuntamente se aprobó el proyecto de obras, que supuso la declaración implícita de la utilidad pública para la segunda expropiación, que era competencia del pleno.

Los acuerdos adoptados de esta manera incurrirían en el vicio de nulidad absoluta del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, al prescindirse de las reglas esenciales que regulan la formación de voluntad de órganos colegiados.

E) Expropiación de la oficina de información de turismo perteneciente a la comunidad autónoma.

No resulta ajustada a derecho porque se trata de un bien demanial, conforme al artículo 5.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas (LPAP), que señala que

los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público.

El artículo 6 a) de la citada ley establece la inalienabilidad de dichos bienes.

Para que pudiera ser expropiado el local debería desafectarse al servicio público por el Ministerio de Hacienda, conforme al procedimiento del artículo 70 de la LPAP. Una vez desafectado y convertido en bien patrimonial, cabría la expropiación forzosa o cualquier otro negocio jurídico privado que supusiese la traslación de la propiedad.

No cabría ninguna autorización o concesión demanial de los artículos 91 y siguientes de la LPAP para su uso, porque lo pretendido por el ayuntamiento es su derribo, y aquellas técnicas, siempre, tienen carácter temporal y solo abarca su uso, nunca la traslación de la propiedad.

No cabría la mutación demanial del bien porque el artículo 73.1 del Reglamento de la Ley 33/2003, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto (REF), señala que

Corresponde al Ministro de Economía y Hacienda acordar la mutación de destino de bienes y derechos demaniales de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, al cumplimiento de fines de uso o servicio público competencia de otras Administraciones Públicas.

Dicha mutación podrá efectuarse a favor de Comunidades Autónomas cuando estas prevean en su legislación la posibilidad de afectar bienes demaniales de su titularidad a la Administración General del Estado o sus organismos públicos, para su dedicación a un uso o servicio de su competencia, de acuerdo con el artículo 71.4 de la Ley.

Por tanto, no es posible con la Administración local.

Respecto a los modos de adquirir el local, una vez desafectado sería:

- a) Celebrar un contrato privado de compraventa (arts.135 y ss. LPAP).
- b) Celebrar un contrato privado de permuta (arts.153 y 154 LPAP).

c) Cesión gratuita al ayuntamiento (art. 145.1 LPAP).

1. Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a comunidades autónomas, entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública.

[...]

3. La cesión podrá tener por objeto la propiedad del bien o derecho o solo su uso. En ambos casos, la cesión llevará aparejada para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmisión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el Código Civil.

4. Cuando la cesión tenga por objeto la propiedad del bien o derecho solo podrán ser cesionarios las comunidades autónomas, entidades locales o fundaciones públicas.

F) En cuanto a que ese mismo día en que se produce la notificación, se reincorpora de su baja el secretario municipal, quien a la vista de lo actuado propone al alcalde dejar sin efecto la notificación y actuaciones realizadas y procede primero a incoar, de nuevo, el expediente de expropiación forzosa, seguido de la declaración de urgente ocupación, debemos señalar que, realmente, como debe procederse es a la revisión de oficio del primitivo acuerdo plenario por el propio pleno, ya que era nulo de pleno derecho, al amparo de los artículos 22.2 k) y 21.1 e), que faculta al pleno para declarar la lesividad de los actos dictados por el ayuntamiento. Luego si aquello es para los actos anulables, con más razón le corresponde al pleno si se trata de actos nulos de pleno derecho, debiéndose obtener el dictamen favorable del Consejo de Estado.

En conclusión, como ya hemos indicado, del relato de los hechos se deduce que se acordó la expropiación forzosa sin cumplimiento del requisito previo exigido en el artículo 9 de la LEF y 11 del REF de la declaración por ley de la utilidad pública o interés social. Si bien es cierto que en el acuerdo del ayuntamiento donde se declara la urgente ocupación del local se hace referencia a existir un interés público relevante, en ningún caso este acuerdo puede sustituir el requisito exigido por la ley de previa declaración de utilidad pública o interés social, por tanto, este incumplimiento determina que el acuerdo de expropiación forzosa adolece de un vicio de invalidez, que por su relevancia en el procedimiento de expropiación forzosa recogido expresamente en la ley como un requisito previo indispensable podría calificarse de nulo de pleno derecho, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, supuesto previsto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común (prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido).

En conclusión, debemos considerar que el procedimiento de urgente ocupación no es conforme a derecho, ya que nos encontramos ante un procedimiento excepcional que determinará la ocupación de un bien por la Administración con carácter previo a la determinación del

justiprecio y su pago, y que por lo tanto este procedimiento excepcional exige una adecuada motivación, lo cual, conforme al relato de los hechos, no se ha llevado a cabo. En este sentido debemos poner de manifiesto que el procedimiento urgente no es conforme a derecho, dando lugar, en primer término, a la existencia de otro vicio de nulidad del artículo 47.1 e) de la LPAC, y, en segundo lugar, la falta de motivación, a un vicio de anulabilidad de conformidad con el artículo 48 de la Ley 39/2015, por infracción del ordenamiento jurídico. En todo caso, el acuerdo de urgente ocupación por aplicación del artículo 24 de la CE, que reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y del artículo 106, que recoge el control judicial pleno de los actos de la Administración, será susceptible del correspondiente recurso en vía administrativa, esto es, el recurso potestativo de reposición y de recurso contencioso-administrativo.

Por otra parte, faltaría la declaración del Gobierno autonómico para aplicar el procedimiento de urgencia.

SEGUNDA EXPROPIACIÓN

A) Respecto a la declaración de urgencia tras la ocupación no es ajustada a derecho. Esta declaración se adopta, en este caso, por el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma competente en esta materia a instancia o solicitud del ayuntamiento, en cualquier momento, pero siempre que sea previamente a la ocupación efectiva, toda vez que se trata de un acto legitimador de las actuaciones administrativas en las expropiaciones de urgencia. Por ello, no es posible subsanar la omisión de este requisito previo mediante ningún tipo de declaración posterior a la ocupación y, por ello, en los casos en que la declaración previa falte, se está en presencia de un vicio de nulidad radical insubsanable.

En referencia a las demás cuestiones que plantea el supuesto:

B) En cuanto al plazo para ocupación del bien, no son 12 días desde la aprobación del acuerdo de expropiación forzosa, como establece el acuerdo del pleno, sino, de conformidad con el artículo 52, sería en plazo máximo de 15 días desde que se efectúe el depósito y se abone o consigne, en su caso, la previa indemnización por perjuicios ocasionados por la declaración de urgencia. Sus efectos habrá que valorarlos de acuerdo con el artículo 48 de la LPAC, en el sentido de que «la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo». Aunque, en este caso, parece que al reducir el plazo para la ocupación se perjudica al particular, al menos hipotéticamente.

C) En cuanto a la notificación del acuerdo, si bien se adopta tres días después de la adopción del acuerdo y por lo tanto, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 39/2015, que exige que toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de 10 días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, cita al titular del bien en plazo de 5 días para levantar el acta previa de ocupación, sin respetar por tanto el plazo mínimo de 8 días de antelación que exige el artículo 52 de la LEF y que determinaría un vicio de posible anulabilidad por indefensión, conforme al texto antes citado del artículo 48 de la LPAC.

D) En cuanto a que ese mismo día en que se produce la notificación se reincorpora de su baja el secretario municipal, quien a la vista de lo actuado propone al alcalde dejar sin efecto la notificación y actuaciones realizadas y procede, primero, a incoar, de nuevo, el expediente de expropiación forzosa, seguido de la declaración de urgente ocupación, debemos señalar que, realmente, como debe procederse es a la revisión de oficio del primitivo acuerdo plenario por el propio pleno, ya que era nulo de pleno derecho, al amparo del artículo 22.2 k), que faculta al pleno para declarar la lesividad de los actos dictados por el ayuntamiento, luego si aquello es para los actos anulables, con más razón le corresponde al pleno si se trata de actos nulos de pleno derecho, debiéndose obtener el dictamen favorable de Consejo de Estado.

E) En relación con la indemnización, la Administración expropiante no actúa conforme a derecho, ya que en todo caso, señala el artículo 52.4 de la LEF, por un lado, la Administración formulará las hojas de depósito previo a la ocupación y, por otro, el artículo 52.5 establece que la Administración fijará igualmente las cifras de indemnización por el importe de los perjuicios derivados de la rapidez de la ocupación, tales como mudanzas, cosechas pendientes y otras igualmente justificadas, por tanto, debemos concluir que en el presente supuesto, por tratarse de una expropiación de carácter urgente, además del justiprecio se debe abonar la correspondiente indemnización por los perjuicios derivados de la rapidez, como es en todo caso la pérdida de las mercancías guardadas en el local comercial.

F) En cuanto a la ocupación del bien, debemos recordar que estamos ante un procedimiento excepcional declarado urgente, y que su principal característica consiste en que la ocupación del bien precede a la determinación y pago del justiprecio. En este sentido se pronuncia el artículo 52.6, que dispone que efectuado el depósito y abonada o consignada en su caso la previa indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, lo que deberá hacer en el plazo máximo de 15 días, por lo tanto, en cuanto al plazo de ocupación sí es conforme a derecho, pero, como exige, el artículo 52.6, no solo basta la consignación del depósito, sino que también se exige abonar o consignar la indemnización por los perjuicios de la urgencia.

2. ¿Qué acciones habría podido llevar a cabo el Sr. X., tanto en vía administrativa como, en su caso, en vía judicial, en ambas expropiaciones y, si en su caso, podría reclamar indemnización alguna por las actuaciones del ayuntamiento?

Ahora bien, señala el artículo 9 de la LEF que para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado. De conformidad con el artículo 10 de la LEF, la utilidad pública se entiende implícita en relación con la expropiación de inmuebles en todos los planes de obras y servicios del Estado, provincia y municipio, y de conformidad con el artículo 11, en todos los demás casos la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante ley. Asimismo, se pronuncia el reglamento en el artículo 11, señalando que,

si los bienes objeto de expropiación fueren inmuebles, la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante ley aprobada en Cortes.

No será necesaria la promulgación de una ley formal en los siguientes casos: a) Cuando se trate de obras y servicios comprendidos en planes. b) Cuando la ley haya declarado genéricamente la utilidad pública para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones, y c) Cuando disposiciones especiales que regulen determinadas expropiaciones como las de las entidades locales que se rigen por la legislación municipal en primer término según el art. 85 LEF, se establezca forma distinta en cuanto a la declaración de utilidad pública.

Teniendo en cuenta la legislación citada, si del relato de los hechos consideramos que la expropiación del local del Sr. X no estaba incluida en ningún plan municipal de obras o servicios, se puede determinar que no se cumple el requisito previo indispensable para acordar la expropiación forzosa de declarar la utilidad pública o interés social por ley.

Nos encontramos, por tanto, en un supuesto de vía de hecho. En este sentido se pronuncia el artículo 125 de la LEF, disponiendo que siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales, como entre ellos la declaración de utilidad pública o interés social, la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar –hoy, conforme a la Ley de enjuiciamiento civil 2/2000, se llaman juicios de tutela posesoria–.

Por lo tanto, en conclusión, en el presente supuesto, las distintas acciones que asisten al Sr. X serían:

1. Actuación contra vía de hecho. Artículo 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA):

En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

Para impedir, de forma inmediata, la actuación administrativa podría solicitar medidas cautelares de suspensión de la actuación según el artículo 129.1 de la LJCA: «Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» y, en concreto, las urgentísimas o cautelarísimas del artículo 135:

Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes

a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oír al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo.

Según el artículo 136,

1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes, el Secretario judicial convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

Esta acción contra la actuación en vía de hecho ha sustituido al conocido como interdicto de retener para que el juez le ampare en su posesión amenazada, acción enérgica y sumaria, que se sustanciara ante la jurisdicción civil, si bien, en la actualidad, al regular la LJCA el supuesto de vía de hecho parece que debería utilizarse esta vía, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En la demanda que se interpusiera se incluiría, en su caso, también la reclamación de los daños y perjuicios producidos, porque seguramente se habría producido ya la demolición del local y la finalización de la obra cuando el órgano judicial conociera del asunto. En todo caso, se solicitaría la condena en costas.

2. Por otra parte, la jurisprudencia, por todas, la STS de 8 de abril de 1992, reconoce la posibilidad de impugnar los diversos actos que se van produciendo en el procedimiento expropiatorio sin esperar a la resolución final; más aún en los supuestos de vía de hecho y con independencia de ella.

3. Recurso potestativo en vía administrativa contra el acuerdo de expropiación forzosa adoptado por el pleno del ayuntamiento; de conformidad con el artículo 112 de la LPAC, cabe fundamentar en un motivo de nulidad o anulabilidad, de conformidad con el artículo 47 de esta ley, señalando que, como el acuerdo es adoptado por el pleno del ayuntamiento, según el artículo 114 de la LPAC ponen fin a la vía administrativa, entre otras, las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario. Por lo tanto, en el presente supuesto en vía administrativa procedería el recurso potestativo de reposición; según el artículo 123 de la LPAC, los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El motivo será doble: primero, nulidad por no haberse declarado antes la utilidad pública de la expropiación, que era el presupuesto básico y que supone prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 47.1.e LPAC) y, segundo, nulidad por ser órgano manifiestamente incompetente para declarar la urgencia, en principio (art. 47.1 b) LPAC).

4. Procedería, también, recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, tras el potestativo de reposición o, directamente, de conformidad con el artículo 25 de la LJCA, el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con los actos expresos de la Administración, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Asimismo, el recurso es admisible contra las actuaciones materiales de la Administración que constituyan vía de hecho. En conclusión, las acciones que el Sr. X debería llevar a cabo serían: recurso de reposición ante el pleno del ayuntamiento y recurso contencioso-administrativo. Este recurso, conforme al artículo 30 de la LJCA, podría venir precedido de requerimiento previo o bien acudir directamente a la vía contencioso-administrativa.

5. También podría, en su momento, reclamar en concepto de responsabilidad patrimonial, pues se ha producido un funcionamiento anormal de un servicio público. Para ello, deberá demostrar la concurrencia de los requisitos exigidos en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015. A saber:

- Daño efectivo e individualizado.
- Culpa de la Administración.
- Antijurídico o que no tiene el deber de soportar.
- Relación de causalidad.

En el presente caso parecen concurrir todos ellos, pues la expropiación adolecía de un vicio de nulidad; pese a ello, consignaron el precio y ocuparon la finca y, presumimos –habrá que demostrarlo– se causó un daño.

Como existen vicios de nulidad, procedería la revisión de oficio de las actuaciones llevadas a cabo y es el artículo 106.1 el que se refiere a la posibilidad de indemnización de daños y perjuicios, como es nuestro caso, señalando, en su apartado 4, que

las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

3. ¿Quién más, en su caso, podría impugnar estas actuaciones del ayuntamiento?

En primer lugar, conforme al artículo 63.1 de la Ley 7/1985,

1. Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:

a) La Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas, en los casos y términos previstos en este Capítulo.

b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.

Por lo tanto, los concejales que votaron en contra pueden impugnar el acuerdo y los que no hubieran sido notificados de la convocatoria del pleno sin razón para ello.

También, la Administración de la comunidad autónoma, toda vez que debió declarar la urgente ocupación de esa expropiación, y la Administración General del Estado, por ser expropiado un bien demanial de su propiedad.

En cuanto a las actuaciones que pueden llevar a cabo los órganos competentes de estas Administraciones, de conformidad con el artículo 65.1 de la LBRL,

cuando la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes.

Asimismo, podrá impugnar el acuerdo de la entidad local ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si bien, teniendo en cuenta los plazos de impugnación de la LJCA y ante la inminente demolición del local, lo único posible sería requerir a la entidad local para que anule el acto.

En definitiva, el órgano competente de la comunidad autónoma y de la Administración del Estado deberían invocar el artículo 65 de la LBRL y requerir al ayuntamiento para que anule el acuerdo de expropiación forzosa por infracción del ordenamiento jurídico.

Sigue señalando el citado precepto que:

2. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.

La STS (Sala 3.^a) de 25 de febrero de 2011 establece la siguiente doctrina:

A los efectos del artículo 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, el cómputo del plazo de quince días para formular el requerimiento previo se computará a partir de que la Administración estatal o autonómica reciban de la Entidad Local la comunicación del acuerdo, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.1 de la Ley.

El precepto señala en su apartado 3 que

la Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa dentro del plazo señalado para la interposición del recurso de tal naturaleza señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción, contado desde el día siguiente a aquel en que venza el requerimiento dirigido a la Entidad local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento, si se produce dentro del plazo señalado para ello.

Finalmente, el apartado 4 determina:

La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá también impugnar directamente el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de formular requerimiento, en el plazo señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción.

4. Comente todo lo pertinente en torno al recurso presentado por los tres licitadores contra el acto de la adjudicación del contrato y sobre cómo ha de resolverse.

Respecto al recurso interpuesto señalamos lo siguiente:

- *Legitimación*: La tenían, al amparo del artículo 4 de la LPAC, puesto que fueron interesados en el procedimiento de contratación.
- *Respecto a la procedencia del recurso*: Como los actos del órgano de contratación ponen fin a la vía administrativa, cabía reposición con carácter potestativo.

- *Plazo*: El recurso está interpuesto en plazo, puesto que la notificación se produce el día 25 de noviembre y el plazo para reposición era de un mes según el artículo 124 de la LPAC. El último día del plazo coincide con el inicial de la notificación, esto es, sería el día 25 de diciembre, pero como es un día inhábil por ser festivo, pasaría al primer día hábil siguientes, que es el 26 de diciembre. Todo ello de acuerdo con la *disposición adicional duodécima* referida al cómputo de plazos, que señala:

Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

- *En relación a los motivos*, lo primero que hemos de señalar es que el recurso está fundamentado en la ilegalidad del pliego o contrato que estableció el fraccionamiento del objeto de aquel y en que, para acreditar la solvencia técnica y financiera se exigía haber realizado contratos con la Administración los últimos cinco años. Este pliego se publicó el día 1 de abril del año XXX y el recurso contra la adjudicación, con base en la ilegalidad de la cláusula citada, se plantea el día 25 de noviembre de igual año. Ello podría dar lugar a pensar que se debió, en plazo oportuno, haber recurrido esas cláusulas del pliego y que, al no hacerse así, el acto era firme y consentido y, por tanto, no recurrible.

La STS 398/2021 (rec. núm. 4883/2019) sienta la siguiente doctrina casacional sobre la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública:

Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurrir en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva.

Recordemos que la jurisprudencia comunitaria admite esa impugnación de los pliegos si el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación, cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es precisamente el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente.

En el caso de los recursos indirectos, tal y como adelantábamos con anterioridad, irán dirigidos contra aquellas cláusulas cuyo contenido sea nulo de pleno derecho,

siempre que no hayan sido objeto de previa y expresa impugnación. Para ello es necesario que el vicio del que adolecen dichas cláusulas no pudo ser conocido por los licitadores con anterioridad.

La impugnación indirecta puede formularla incluso el adjudicatario en fase de adjudicación del contrato, en la medida en que el adjudicatario tenga algún interés legítimo que pueda verse afectado, es claro que puede impugnar indirectamente los pliegos de cláusulas particulares. Lo contrario conduciría a dejarlo indefenso y, por consiguiente, a conculcar el art. 24 de la Constitución. Ni que decir tiene que ello en nada relaja las estrictas condiciones, arriba expuestas, en que es legalmente posible la mencionada impugnación indirecta.

Al amparo de todo lo dicho, se hace, por tanto, necesario precisar el motivo concreto en este caso para ver si los criterios de adjudicación del contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente.

A) Respecto al fraccionamiento del objeto del contrato en lotes se refiere el artículo 99.2 y 3, en lo que nos interesa destacar, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), que señala:

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. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

Mediante acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las comunidades autónomas y de las entidades locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley general de derechos de personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 3 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los centros especiales de empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 %.

En el referido acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las comunidades autónomas y de las entidades locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

No obstante, lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

Resulta obvio que esta cuestión sobre si es posible o no es interpretable, uno de los aspectos fundamentales para determinar la existencia de fraccionamiento o no, hace referencia a la aplicación a cada caso concreto del concepto de «unidad operativa o funcional».

Existirá una unidad operativa o funcional si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

No se considerará que existe fraccionamiento indebido del contrato siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad operativa o funcional, de tal forma que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás, o aun cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí.

Por el contrario, debe considerarse que existe fraccionamiento del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten por separado no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas.

La aplicación de este concepto no será fácil en muchos casos y deberá analizarse e interpretarse aplicando el juicio profesional a la vista del contexto y de las circunstancias de cada caso.

En este caso, el órgano de contratación tendría complicado justificar el fraccionamiento del objeto, pues no cabe duda de que las obras constituyen una unidad funcional que no es susceptible de utilización independiente o por separado, pues se trata de obras en la misma calle y de tan solo de 1 km de distancia.

Si no fuera fraccionable el objeto, nos encontraríamos con un vicio de anulabilidad del artículo 48, en principio, y no de nulidad absoluta, por lo que no sería posible el recurso indirecto contra los pliegos por esta causa.

B) Respecto a la cláusula de la solvencia técnica, el artículo 88 de la Ley 9/2017 señala que:

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 cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución; 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. Cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de las obras pertinentes efectuadas más de cinco años antes.

[...]

2. En los contratos cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a f) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de obras.

Al amparo de este número 2 del artículo 88 de la LCSP, no era aplicable en este caso, como requisito de solvencia técnica, la relación de obras de los últimos cinco años, porque el valor estimado de este contrato era de 400.000 euros.

Esta causa sí era motivo de nulidad absoluta, porque contraviene los principios de igualdad, concurrencia y no discriminación de los artículos 14 de la Constitución y 1 de la Ley 9/2017, al amparo de los artículos 53 de la CE y 47.1 a) de la LPAC (son nulos los actos que vulneren derechos susceptibles de amparo constitucional).

A la vista del análisis precedente concluimos, en primer lugar, que solo la segunda cláusula era nula de pleno derecho y, en segundo lugar, que tanto la cláusula o condición del fraccionamiento del contrato como la relativa a los medios para acreditar la solvencia técnica, eran exigencias que estaban claras desde el primer momento y que un contratista informado y diligente pudo y debió conocer su posible ilicitud desde el primer momento de su publicación, de manera que no cabía en este caso el recurso indirecto contra el pliego, sino que debió haber impugnado aquel, o bien en reposición en el plazo de un mes desde el día 1 de abril del año XXX, o bien en el plazo de dos meses en vía contencioso-administrativa desde dicha fecha. Por tanto, esos motivos no pueden alegarse contra la resolución de la adjudicación y el pliego era firme, consentido e irrecurrible, en este caso.

Por todo ello, el recurso de los tres licitadores debe resolverse desestimándose, porque se debió recurrir, en su momento, en plazo oportuno, las dos cláusulas del pliego, amén de que solo la segunda era motivo de nulidad que pudiera haber justificado el recurso indirecto contra el pliego.

5. Ajuste a derecho del contrato para la adquisición de las señales nuevas informativas que deben colocarse en la calle finalizadas las obras.

Este contrato no es ajustado a derecho. Se ha realizado un contrato privado patrimonial excluido de la Ley 9/2017, LCSP (art. 9.2).

Además, el relato de hechos dice que se contrata directamente con un vendedor, cuando lo normal hubiera sido utilizar, en primer lugar, la subasta, a tenor del artículo 112.1 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales, que señala:

No será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por 100 del que lo tenga mayor.

Es cierto que, con carácter supletorio, podría aplicarse la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, en cuyo artículo 137.4 prevé los supuestos de enajenación directa.

El contrato que debió celebrarse es el de suministros del artículo 16.1, que señala que

son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

Con respecto al procedimiento de adjudicación, el artículo 131.2 señala:

La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

En los supuestos del artículo 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; en los casos previstos en el artículo 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación, y en los indicados en el artículo 177 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación.

Por tanto, la contratación directa solo sería posible si encajara en alguno de esos supuestos del artículo 167 (procedimiento negociado con publicidad) o 168 (procedimiento negociado sin publicidad).

Además, era obligatorio tramitar el expediente de contratación regulado en los artículos 116 y siguientes de la LCSP.

Por tanto, el contrato realizado es nulo de pleno derecho, al menos por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 41.1.e LPAC), procediendo la revisión de oficio por el órgano de contratación, según el artículo 141 de la LCSP, que se remite al artículo 106 de la LPAC.

6. Uno de los titulares de puesto en el mercado de abastos ha transmitido la titularidad de la concesión, dejando deudas impagadas en recaudación ejecutiva por el IBI. ¿Se puede derivar por afección al nuevo titular de la concesión? ¿Sería posible el embargo de sus bienes en caso de impago de la deuda?

Como afirma la revista *El Consultor de los Ayuntamientos* del mes de mayo de 2022, hay una cuestión previa que debe tenerse en cuenta, y es que el artículo 98 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas, declarado básico por la disposición final segunda de la misma ley, dispone que los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente solo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión.

Por tanto, la entidad local no debió autorizar la transmisión de la concesión cuando el concesionario era un deudor tributario de la entidad local y hasta el pago de la deuda.

Dicho esto, aunque es cierto que los preceptos hablan de «bienes», debe entenderse en sentido amplio comprensivo de los derechos sobre los bienes. En este sentido, el artículo 43.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, dice que serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: d) Los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria, en los términos del artículo 79 de esta ley. Y el artículo 79 añade que los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga, refiriéndose expresamente el apartado 2 a que los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o no.

Por su parte, el artículo 64 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, también se refiere a los derechos cuando señala que en los supuestos de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos que constituyen el hecho imponible de este impuesto, los bienes inmuebles objeto de dichos derechos quedarán afectos al pago de la totalidad de la cuota tributaria, en régimen de responsabilidad subsidiaria, en los términos previstos en la Ley general tributaria.

En cualquier caso, el artículo 334 del Código Civil es claro cuando dispone que son bienes inmuebles: 10.º Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Dicho esto, deben tenerse en cuenta las limitaciones para derivar la responsabilidad en el supuesto del artículo 64.1. Porque, aunque el procedimiento que se lleve a cabo sea el de derivación de la responsabilidad subsidiaria, el adquirente de los bienes afectos al pago de las deudas por IBI no es un verdadero responsable, porque no participa de la misma naturaleza de los demás supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria. Ello es así porque el adquirente del bien afecto no responde con todo su patrimonio, como los auténticos responsables, sino únicamente con el bien afecto, o más bien es éste quien responde.

Como señala Domingo Zaballos,

el derecho de afección condiciona modula y limita la responsabilidad subsidiaria de los adquirentes de bienes afectos, convirtiéndose la titularidad del bien en el presupuesto material de la responsabilidad subsidiaria, así como dicha titularidad limita de rechazo el tiempo y la cuantía –esto es, el alcance–, de la mencionada responsabilidad. Así, será responsable subsidiario quien en cada momento sea titular del bien afecto, de forma que, si transmite la titularidad del bien, deja de producirse el presupuesto de la responsabilidad.

Y en este sentido se manifiesta también la STS de 24 de enero de 2004, cuando dice lo siguiente:

Realmente, aun cuando el art. 41 LGT, al que se remite el 76 LHL, aparezca incluido en la Sección de la LGT correspondiente a los responsables tributarios, es lo cierto que contempla un supuesto de responsabilidad en que esta solo alcanza «el límite previsto por la ley al señalar la afección de los bienes» (art. 41.3 LGT) y que la responsabilidad que asume el adquirente se concreta a los bienes afectos y no a otros –responderán «con ellos» dice el precepto– y, en el caso del IBI, con mayor claridad, si cabe, cuando expresamente se refiere la ley a que la afección se circunscribe a «los bienes inmuebles objeto de dichos derechos» –de los derechos, antes especificados, sobre los que recae este impuesto municipal– (art.76 LHL). Por consiguiente, esta realidad conduce a interpretar que este supuesto de afección no constituye un caso de responsabilidad tributaria, como ocurriría si el adquirente del bien afecto hubiera de responder con todo su patrimonio, conforme ocurre con los verdaderos responsables, que son obligados al pago de las deudas tributarias y a responder de ellas «con todos sus bienes presentes y futuros» (art. 10 del Reglamento General de Recaudación de 20 de diciembre de 1990) salvo las excepciones previstas en las leyes y en el propio Reglamento, entre las que no está la de los adquirentes de bienes afectos.

TERCERO. Con cuanto acaba de decirse, la Sala quiere significar que el supuesto de que aquí se trata puede encuadrarse en el marco de un derecho de afección real, es decir, en el marco de las garantías del crédito tributario, como ocurre con la afección de bienes contemplada en el art. 74 LGT para los casos que reconoce (tributos que gravan las transmisiones, adquisiciones o importaciones de bienes afectos a su pago) o, lo que es lo mismo, que constituye un supuesto de reipersecutoriedad en que el adquirente puede librarse de su responsabilidad transmitiendo

el bien, que se erige, así, en la auténtica garantía, sin que, por tanto, sea esta la de su titular dominical. Esta, y no otra, sería la razón de que el ante citado Reglamento General de Recaudación, al desarrollar el régimen de los obligados al pago de las deudas tributarias (arts. 10 y ss.), no mencione a los adquirentes de bienes afectos por disposición de la ley y de que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General tributaria encuadre el supuesto –art. 79– entre las garantías de la deuda tributaria y no entre los obligados tributarios, sin perjuicio de que la responsabilidad que asumen los titulares de dichos bienes sea subsidiaria de la del deudor tributario principal.

Por tanto, partiendo de estas consideraciones, no se pueden embargar otros bienes; porque en ambos casos, la responsabilidad queda limitada al bien inmueble. Y, si tenemos en cuenta que el derecho de concesión se manifiesta fundamentalmente en la tasa que se paga por la concesión demanial, al ser esta tasa pagada a la propia entidad local embargante, no es posible llevar a cabo en la práctica el embargo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14, 24 y 53.
- Código Civil, art. 334.
- Ley de 26 de diciembre de 1954 (Ley de expropiación forzosa), arts. 9, 10, 11, 52 y 125.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 63.1 y 65.
- Ley 29/1998, de 13 de julio (de jurisdicción contencioso-administrativa), arts. 25, 30, 63, 129, 130, 131 y 135.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 5.3, 6, 70, 91, 98, 135, 136, 137, 145 y 153.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre (general tributaria), arts. 41, 43.1 y 74.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 47, 48, 106, 112, 114, 123 y 124.
- Ley 40/2015 (LRJAP), arts. 32 y 34.
- Ley 9/2017 (de contratos del sector público), arts. 9.2, 88, 99, 116, 131 y 141.
- Real Decreto 1372/1986 (Reglamento de bienes de las entidades locales), art. 112.1.
- Real Decreto legislativo 2/2004 (TR Ley de haciendas locales), arts. 64 y 76.
- Real Decreto 1373/2009 (Reglamento de la Ley 33/2003), art. 73.1.
- Real Decreto 128/2018 (régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional), arts. 2.1, 48 y 52.
- Decreto de 26 de abril de 1957 (Reglamento de expropiación forzosa), arts. 11 y 56.
- SSTS, Sala 3.^a, de 12 de junio de 1992, 21 de junio de 1993, 23 de mayo del 2000, 24 de enero de 2004, 25 de febrero de 2011 y 22 de marzo de 2021.