

Expropiación forzosa y contrato administrativo de obras municipal

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

Este supuesto práctico versa sobre distintas vicisitudes jurídicas que giran, en primer lugar, sobre las consecuencias de dos expropiaciones forzosas sobre la misma finca llevadas a cabo por una comunidad autónoma para la construcción de un colegio público para impartir el bachillerato, toda vez que, en la primera, no se procedió a extender el acta de ocupación y pago ni su inscripción en el Registro de la Propiedad hasta bastante tiempo después, lo que dio lugar a que la primera expropiada vendiera la finca a un tercero de buena fe. En las mismas, una entidad local reivindica la competencia para ello. En segundo lugar, sobre un contrato administrativo de obras donde se plantea la posibilidad de delegación de esta competencia, la posibilidad de realizar la obra la propia Administración y una reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de la misma. Finalmente, se plantea la incompatibilidad o no entre la titular de una jefatura de servicios y una jefatura de sección ocupada por su cónyuge.

Palabras clave: expropiación forzosa; contrato administrativo de obras; autonomía local; responsabilidad patrimonial de la Administración.

Fecha de entrada: 02-10-2021 / Fecha de aceptación: 25-10-2021

Enunciado

La comunidad autónoma de XXX puso en marcha un procedimiento de expropiación forzosa de la finca registral 15.703, de 500 metros cuadrados, perteneciente a doña Juana, inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de la localidad, con la finalidad de obtener unos terrenos imprescindibles para la construcción de un colegio público donde se impartirá el bachillerato, dadas las numerosas solicitudes de plazas que, normalmente, se formulaban. En lo atinente a esta expropiación ordinaria de la finca, la Administración expropiante no ha procedido, pese a que se había fijado ya el justo precio y se había pagado, en concreto 200.000 euros, hasta transcurrido un año y medio, a extender el correspondiente acta de ocupación y pago. Por otra parte, enterado el municipio donde se iba a construir el referido colegio público remite escrito a la Administración autonómica, señalando que la competencia para construir el colegio público era suya y que se estaba afectando al principio de autonomía local constitucionalmente reconocido, por lo que plantearía el oportuno conflicto en defensa de la autonomía local. Ante estos hechos, se plantea a los servicios jurídicos la posible reacción jurídica de la primitiva expropiada en defensa de sus intereses, amén si es ajustada a derecho la actuación de la Administración y que se dé razonada respuesta a la pretensión del ayuntamiento.

Finalmente, con fecha 30 de noviembre de 2017, por la Administración se suscribió por acta de ocupación y de pago por la expropiación de la finca registral 15.703 de 500 m² del Registro de la Propiedad número 1 de la localidad, transmitiéndose a todos los efectos la propiedad de la parcela.

Por razones que se desconocen no fue inscrita la referida acta de ocupación y pago en el Registro de la Propiedad.

La finca registral 15.703 de 500 m² se localiza en un ámbito de gestión calificada como suelo dotacional educativo, planteándose por la Administración la expropiación urgente con

el fin de proceder a la construcción de un colegio público en la localidad de Los Catañales, dada la demanda existente para impartir la educación secundaria posobligatoria, en concreto el bachillerato.

La financiación del mismo correría a cargo del organismo autónomo Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), adscrito a la Consejería de Ciencia e Innovación de la comunidad autónoma, que tiene como objetivos contribuir a la mejora de la calidad del sistema de educación mediante la evaluación, certificación y acreditación de enseñanzas, profesorado e instituciones y cooperación económica para la construcción y mantenimiento de centros de enseñanzas, entre otros cometidos, el 30 %, y de la comunidad autónoma expropiante de los terrenos, el 70 % restante.

La comunidad autónoma ha propuesto al organismo autónomo que gestione la construcción del colegio, pues, dado sus fines y que lo ha hecho en otras ocasiones, es conocedor de las singularidades constructivas que han de exigirse al o los posibles contratistas a los que se adjudique el oportuno contrato. Para ello, realizarán el oportuno instrumento de formalización. La presidenta del organismo autónomo desearía saber si es viable jurídicamente este encargo.

El día 29 noviembre de 2019, la Administración inicia expediente de expropiación de la finca registral de 15.703 de 500 m².

Con fecha 2 febrero 2020, don Fernando presenta en la Administración escrito manifestando ser titular de la finca en pleno dominio, en virtud de escritura de compraventa otorgada a su favor por doña Juana en fecha de 4 febrero 2018, solicitando que se entienda con él los siguientes trámites del expediente expropiatorio. Don Fernando manifiesta que antes de la compra consultó el Registro de la Propiedad número 1 de la localidad, constando la finca inscrita a nombre de la vendedora y sin carga alguna.

Tras la tramitación del expediente se aprobó el mandamiento de pago por importe de 300.000 euros a favor de don Fernando, en concepto de justiprecio por la expropiación de la finca registral 15.703 de 500 m², suscribiéndose en fecha 15 de julio de 2020 el acta de pago y ocupación, procediéndose en ese acto al abono del justiprecio y remitiéndose para su inscripción al Registro de la Propiedad número 1 como finca independiente y con destino a uso dotacional educativo.

Con fecha 18 de noviembre de 2020, el responsable del Inventario de General de Bienes de la Comunidad Autónoma manifiesta que, estudiada para su anotación en el Inventario General del Bienes el acta de pago y ocupación de 15 de julio de 2020, resulta que la finca expropiada 15.703 de 500 m² se superpone con la finca expropiada, según acta de ocupación y de pago de 30 noviembre 2017, por la que la comunidad autónoma pagó 200.000 euros en concepto del justiprecio, por lo que concluye que «se ha producido una situación irregular» que debe resolverse, sin demora.

Solucionados todos los problemas anteriores, el organismo autónomo se plantea, por razones, de mayor eficacia, realizar directamente las obras, pero no acabó llevándolas a cabo, sino que contrata, para la construcción del colegio público, a través de procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, a la entidad Castillo, SRL.

En plena ejecución del contrato, los trabajadores del contratista se han puesto en huelga y han interrumpido sus trabajos, reivindicando a la sociedad el pago de salarios atrasados de los cuatro últimos meses. La presidenta del organismo autónomo, órgano de contratación, duda de qué influencia produce este hecho sobre el contrato celebrado, por lo que solicita informe de sus servicios jurídicos.

Igualmente solicita que se le indique si la Administración debe informar a los licitadores respecto de las obligaciones de subrogación del personal, en los casos de cambio de contratista por adjudicación de un nuevo contrato público, así como de quién es la responsabilidad en caso de incumplimiento de lo anterior y cuáles son las consecuencias contractuales que se derivan de los datos irregulares en la subrogación del personal en el proceso concursal.

Por otra parte, la entidad Castillo, SRL, como consecuencia de la ejecución de las obras, ateniéndose a lo prescrito en el proyecto de obras realizado por el propio organismo autónomo, produjo una rotura en conducción subterránea de las tuberías del agua, habiéndose producido enormes filtraciones en la finca vecina, perteneciente a una sociedad anónima que la tenía arrendada a otra sociedad de responsabilidad limitada, cuyo objeto social eran las explotaciones agrícolas y ganaderas y que, por ello, participaba, con frecuencia, en procedimientos de subvención otorgadas por las diferentes Administraciones, amén de mantener unas continuas relaciones con aquellas, debido a las precisas autorizaciones y licencias que la gestión de su actividad exigían. Esta rotura produjo, como único daño, la pérdida de la cosecha prevista, habiéndose peritado en la cantidad de 12.000 euros. Esta sociedad, día 4 de mayo, presenta, a través de su representación legal y en forma presencial, escrito en el registro del organismo autónomo el día 4 de mayo del año siguiente, en el último momento en que las dependencias administrativas estaban abiertas al público, solicitando una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial por tal cantidad. El organismo autónomo resuelve, el día 5 de mayo, tras acreditar la presentación del escrito, no admitir el mismo por extemporáneo, y así se lo notifica a la interesada, quien interpone el oportuno recurso contencioso-administrativo.

Por su parte, la sociedad propietaria de la finca presentó, por vía electrónica, el mismo día 4 de mayo siguiente, reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial.

En otro orden de cuestiones, existe una convocatoria efectuada para cubrir en el organismo autónomo, por el procedimiento de libre designación, el desempeño del puesto de trabajo de jefe de servicio, siendo intención de resolver la misma a favor del Sr. Alejandro. Es de hacer constar que su cónyuge ostente una jefatura de sección integrada en el servicio, cuya jefatura va a ser objeto de provisión. Le indican que realice el oportuno informe jurídico sobre la concurrencia o no de causa de incompatibilidad en el caso de que se acabe designado al Sr. XXX como jefe de servicio.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Tiene razón la entidad local cuando afirma que la construcción del colegio público era de su competencia y se podría vulnerar el principio de autonomía local, estando dispuesta a plantear el conflicto en defensa de la autonomía local? ¿Qué informarán los servicios jurídicos sobre la consulta respecto a las posibles reacciones jurídicas de la primitiva expropiada y a la conducta de la Administración, señalando que no siguió el procedimiento de la primera expropiación?
2. Informe sobre todas las posibles consecuencias jurídicas de las expropiaciones realizadas para todos los intervinientes y soluciones que aplicar.
3. ¿Era viable la construcción por el propio organismo autónomo del colegio por razones de «eficacia»?
4. ¿Qué se le informará a la presidenta del organismo autónomo sobre las consecuencias de la huelga respecto al contrato celebrado?
5. ¿La Administración debe informar a los licitadores respecto de las obligaciones de subrogación del personal, en los casos de cambio de contratista por adjudicación de un nuevo contrato público? ¿De quién es la responsabilidad en caso de incumplimiento de lo anterior y cuáles son las consecuencias contractuales que se derivan de los datos irregulares en la subrogación del personal?
6. Informe sobre la reclamación planteada por el titular de la finca colindante a aquella en que se realizaban las obras y la contestación de la Administración.
7. Realice el informe jurídico sobre la concurrencia o no de causa de incompatibilidad en el caso de que se acabe designado al Sr. XXX como jefe de servicio.

Solución

1. ¿Tiene razón la entidad local cuando afirma que la construcción del colegio público era de su competencia y se podría vulnerar el principio de autonomía local? ¿Qué informarán los servicios jurídicos sobre la consulta respecto a las posibles reacciones jurídicas de la primitiva expropiada y a la conducta de la Administración, señalando que no siguió el procedimiento de la primera expropiación?

A) ¿Tiene razón la entidad local respecto a que construir el colegio público es de su competencia y se podría vulnerar la autonomía local y plantear, en su caso, el conflicto en defensa de la autonomía local?

En relación con si podría la entidad local decidir la construcción del colegio, el artículo 25.2 n) de la Ley 7/1985, de bases del régimen local, recoge las competencias propias de los municipios en materia educativa señalando:

Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.

Por su parte, el artículo 27.3 e) posibilita la delegación, por parte de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas en «creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil».

Finalmente, el artículo 7.4, referido a las competencias impropias, señala:

Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Por su parte, el artículo 6 bis de la Ley Orgánica 2/2006, de educación, introducido por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, señala las competencias en materia educativa: en concreto le corresponde:

1. Corresponde al Gobierno:

- a) La ordenación general del sistema educativo.
- b) La programación general de la enseñanza, en los términos establecidos en los artículos 27 y siguientes de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.
- c) La fijación de las enseñanzas mínimas a que se refiere el artículo anterior.
- d) La regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

e) La alta inspección y demás facultades que, conforme al artículo 149.1 30.ª de la Constitución, le corresponden para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

2. Asimismo corresponden al Gobierno aquellas materias que le encomienda la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación y esta Ley.

3. Corresponde a las comunidades autónomas el ejercicio de sus competencias estatutarias en materia de educación y el desarrollo de las disposiciones de la presente Ley Orgánica.

También la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, en su disposición adicional decimoquinta prevé como competencia local:

2. La conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, corresponderán al municipio respectivo. Dichos edificios no podrán destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización previa de la Administración educativa correspondiente.

De todos los artículos citados deducimos que la construcción de colegios públicos no era competencia propia de los entes locales ni, en principio, tampoco del Estado, sino que era competencia de la comunidad autónoma, de acuerdo con lo establecido en su estatuto de autonomía, por lo que podría delegar en la entidad local esta competencia, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 7/1985, puesto que el artículo 27.3 dice «entre otras», luego la lista que allí se enumera no es *numerus clausus*.

En relación con la presunta vulneración de la autonomía local reconocida en el artículo 137 de la CE, se señala que es «para la gestión de sus intereses», pero si la ley no le otorga competencia propia para esa actividad, como hemos examinado, es imposible que se vulnere el referido principio. Según el concepto europeo asumido en el ordenamiento español, por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.

Lo que procedería, en su caso, es recurrir en vía contencioso-administrativa la decisión de la comunidad autónoma de construir el colegio público, al darle legitimación el artículo 19.1 e) de la Ley 29/1998, ley de jurisdicción contencioso-administrativa, en el sentido de que pueden interponer ese recurso

las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos

con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.

B) No extensión del acta de ocupación y pago por la posibilidad de desistimiento por la Administración de la expropiación.

A esa altura del procedimiento no cabe ya el que la Administración abandone el mismo. Es cierto que el artículo 93 de la Ley 39/2015 admite el desistimiento por parte de la Administración al señalar que «en los procedimientos iniciados de oficio, la Administración podrá desistir, motivadamente, en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes». Sin embargo, en el presente caso, no estamos en presencia de un supuesto y de la concurrencia de unos requisitos que motiven el desistimiento por parte de la Administración.

La jurisprudencia admite, en principio, que una vez desaparecidas las causas de utilidad pública que motivaron la expropiación, se desista de la expropiación, sin que ello suponga una revocación de derechos que haya de someterse a revisión de oficio, en cuanto no existe todavía un auténtico derecho subjetivo, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que puede generarse, derivada de la «limitación o congelación de la libre disponibilidad del inmueble con la virtual eliminación del tráfico jurídico del mismo, lo que constituye una lesión o perjuicio antijurídico que el administrado no tiene obligación de soportar» (SSTS de 25 de septiembre de 1982, 26 de enero de 1983, 14 de junio de 1983, 28 de septiembre de 1985, 18 de octubre de 1986 y 27 de junio de 2006).

Ahora bien, no es posible el desistimiento una vez producida la ocupación (STS de 23 de marzo de 1993), con la que se consuma la expropiación, ni tampoco si ya se ha fijado el justiprecio, «dado que con ello surgió un derecho subjetivo del expropiado que no puede ser vulnerado con un desistimiento del beneficiario de la expropiación, que por otra parte conculcaría lo dispuesto en el n.º 2 del art. 6 del Código Civil» (STS de 3 de abril de 1990), conforme al cual «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a tercero». Lo que no es necesario para entender consumada la expropiación es, desde luego, el pago del justiprecio (STS de 9 de mayo de 1997).

Esta doctrina es confirmada por la STS de 17 de julio de 2018 (RC 1517/2017), en su FJ 2.º:

Conforme a lo concluido en el anterior fundamento y con base al artículo 48 de la Ley de Expropiación Forzosa, ha de señalarse que el momento en virtud del cual la Administración expropiante no puede desistir de la expropiación ya iniciada es el de la fijación del justiprecio en vía administrativa, con independencia de que se impugne en vía contencioso-administrativa; si bien en los supuestos en que se proceda a la ocupación real y efectiva de los bienes, será dicha fecha de ocupación la que imposibilitará el desistimiento de la expropiación.

C) Informe sobre las posible reacción del interesado ante la no extensión del acta de ocupación.

Con independencia de la existencia de desviación de poder, y posible responsabilidad penal, y la posibilidad de anular las actuaciones, pues no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido, habiendo incurrido la Administración en vía de hecho, comenzaremos por analizar brevemente los requisitos de cada una de ellas.

El artículo 29.1 de la LJCA dispone que

cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

El ejercicio conforme a derecho de la pretensión de condena regulada en el citado artículo 29.1 de la LRJCA pasa por el cumplimiento de los requisitos, que para su ejercicio ante esta jurisdicción previene el precepto, esto es, que quien quiera hacer uso ante los tribunales de esta peculiar pretensión de condena tiene que cumplir con los requisitos preprocesales que impone el precepto, para que así la Administración tenga la oportunidad de conocer que el reclamante le está pidiendo que ejecute en su favor una prestación concreta a que la tiene derecho, y, pueda, en consecuencia, cumplir aquello a lo que está obligada, o bien denegar el derecho del reclamante a la prestación concreta, bien por estimar que no tiene ese derecho, bien que lo tiene pero en unos términos distintos a los pretendidos; sin embargo, en todo caso, lo que es necesario en el escrito del reclamante dirigido a la Administración es identificar la concreta prestación a la que tiene derecho y el precepto en el que ampara su ejercicio.

Por su parte, el artículo 29.2 de la LJCA dispone que «cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78».

La finalidad del precepto es la especial protección contra la inactividad ejecutiva de procurar una rápida tutela (que no podría lograrse a través del procedimiento ordinario); es más, en estos casos no tendría sentido seguir todos los trámites del proceso administrativo declarativo hasta la sentencia, cuando por existir ya un título ejecutivo con fuerza obligatoria

lo que se pretende de la Administración no es la sentencia de condena, sino la ejecución lo que demanda la tutela jurisdiccional efectiva.

La acción del artículo 29.2 precisa, por tanto, en primer lugar, un acto firme, expreso o presunto, pero también que el interesado solicite con total claridad a la Administración su ejecución. Dicha solicitud es inexcusable para que la Administración requerida pueda ejecutar el acto y para que el interesado pueda ejercitar en forma la pretensión del artículo 29.2, de manera que, si la petición del afectado no cumple esos requisitos, luego no podrá acudir a la jurisdicción sobre la base del citado artículo 29.2, pues esta vía requiere el adecuado cumplimiento de esa condición preprocesal.

Realizado este breve repaso, cabe considerar que estamos ante una inactividad material susceptible de recurrirse como tal. Entendemos que el supuesto de incumplimiento de levantar el acta de ocupación encontraría encaje en el artículo 29.1, pues el acta de ocupación no sería la ejecución de un «acto firme», sino el cumplimiento de un trámite del procedimiento expropiatorio iniciado de oficio por la Administración, y cuya preceptividad viene fijada por la propia normativa (arts. 53 de la Ley de expropiación forzosa [LEF] y 55 de su Reglamento de desarrollo). Es decir, estamos ante el derecho a una prestación que nace de la propia norma y del acto consistente en la propia incoación del expediente expropiatorio.

La inactividad opera en los procedimientos iniciados de oficio en los que no juega el silencio administrativo. Silencio negativo, por cuanto que en otro caso carecería de sentido la impugnación. Ahora bien, a pesar de lo que más adelante dice la ley sobre la diferenciación entre esta inactividad material y la formal, intentando justificar la necesidad del requerimiento en la oportunidad de que la Administración resuelva, en el fondo se instaura un sistema de inactividad semejante en todo al del acto presunto: necesidad de recurrir, transcurso del plazo señalado y finalmente recurso con la falta de resolución.

En este caso, una disposición general no necesitada de ningún acto para su aplicación exige a la Administración el levantamiento del acta de ocupación y la subsiguiente ocupación

2. Informe sobre todas las posibles consecuencias jurídicas de las expropiaciones realizadas para todos los intervinientes y soluciones que aplicar.

A) Validez de la primera expropiación.

Como hemos significado con anterioridad, la primera expropiación estaba ya consumada y la falta del acta de ocupación no incidía en la validez de la expropiación sobre ello.

Este trámite tiene el valor de acreditativo o probatorio, es formal, no material, no constitutivo, por lo que su ausencia no acarrea la invalidez de la expropiación acordada y realizada. Por ello, debemos avanzar ya que la actuación administrativa no fue ajustada a derecho, pues incumplió, por una parte, su obligación de poner fin al procedimiento expropiatorio mediante la extensión del acta de ocupación y pago de la remisión de la misma al Registro de la Propiedad número 1 de la localidad, lo que hubiera evitado lo que luego pasó, es decir, que se vendiera y, por otra parte, no podía poner en marcha una segunda expropiación sobre una finca que ya le pertenecía, sino que debió haber obrado de otra manera que expondremos con posterioridad. Esta actuación trajo consigo unas consecuencias que, también, analizaremos.

En relación con la primera expropiación realizada, argumenta la STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2000:

La Ley de Expropiación Forzosa no señala cuál es el momento en que realmente se produce la transmisión de la propiedad de los bienes expropiados. En el procedimiento ordinario, la adquisición de la propiedad por la Administración expropiada o por el beneficiario de la expropiación tendrá lugar cuando, previo el pago que hace de título, aquellos tomen posesión de los bienes, toma de posesión u ocupación que puede entenderse efectuada por la redacción del acta de ocupación, es decir, se requiere el cumplimiento de 2 requisitos, abono del precio y ocupación del bien, lo que tiene lugar con el acta de ocupación y pago. En el procedimiento de urgencia existe una inversión de determinadas fases del procedimiento ordinario y en concreto hay una anticipación de la ocupación de los bienes, que tiene lugar antes de la fijación definitiva y del pago del justiprecio que se posponen para el final del proceso. Pues bien, en la expropiación urgente también se transfiere la propiedad con la ocupación de los bienes expropiados, si bien en este supuesto el expropiado, como hemos dicho, no recibe antes de la ocupación el justiprecio sino el «depósito previo a la ocupación», es decir, efectuado el depósito previo y pagada o consignada la indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien (art. 52.6 de la Ley de Expropiación Forzosa).

Por último, tal y como recuerda la STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 2008 citada, si bien el acta de ocupación

tiene naturaleza formal, constituye un elemento de garantía tanto para el expropiante, en cuanto le permite el acceso al Registro de la Propiedad respecto a su titularidad, como para el expropiado. Ahora bien, la ausencia de la extensión del acta de ocupación no constituye un requisito invalidante por cuanto no afecta a los derechos o garantías esenciales del expropiado, a diferencia del previo pago, que sin embargo sí se ha producido mediante su consignación judicial.

Para acabar con esta cuestión, señalar que la expropiada pudo exigir la extensión del acta de ocupación acudiendo al recurso contra la inactividad de la Administración recogido

en el artículo 29.1 de la Ley 29/1998, de jurisdicción contencioso-administrativa, porque la Administración estaba obligada a actuar en virtud de «disposición legal».

B) Posibles consecuencias:

Invalidez de la segunda expropiación.

Por tanto, existió una doble expropiación forzosa sobre la misma finca lo cual provocó que la segunda fuera nula de pleno derecho a tenor de lo previsto en el art.47.1 c) por ser un acto de contenido imposible. No se podía expropiar lo que ya lo estaba. No puede pretender la Administración adquirir la propiedad de algo que ya le pertenece mediante una expropiación forzosa o por cualquier otro título.

Revisión de oficio de la segunda expropiación.

Por la vía del artículo 107.1 de la Ley 39/2015, LPAC. Exige el previo dictamen favorable del Consejo de Estado y la audiencia de los interesados. Debe hacerlo por propia iniciativa, pero si no lo hace, cabe solicitud de interesado, que sería la primitiva expropiada, porque, pese a que demuestra muy mala fe con posterioridad vendiendo una propiedad que ya no era suya, pero esto no le hace perder el interés de que se ultimen los pasos que quedaron pendiente del procedimiento de expropiación (extender el acta de ocupación y proceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad). También tendría esta condición el adquirente posterior de la finca por contrato de compraventa realizado con la primitiva expropiada, pues no cabe duda de que tiene interés en que la situación de inseguridad jurídica creada finalice, pues se aclararán mejor sus derechos.

Como la Administración expropiante fue la Administración General del Estado, según el artículo 111 b) de la Ley 39/2015 será competente el ministro o el secretario de estado para la revisión de oficio.

Tramitación de urgencia de la segunda expropiación.

El procedimiento de expropiación por vía de urgencia se encuentra regulado en el artículo 52 de la LEF que señala que de forma «excepcional» y mediante acuerdo del Consejo de Ministros (la referencia deberá entenderse hecha a las autoridades competentes cuando el expropiante no sea la Administración General del Estado), «podrá declararse urgente la ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada». En el expediente deberá figurar, necesariamente, la oportuna retención de crédito, con cargo al ejercicio en que se prevea la conclusión del expediente expropiatorio y la realización efectiva del pago, por el importe a que ascendería el justiprecio calculado en virtud de las reglas previstas para su determinación en la ley.

La declaración deberá estar debidamente motivada y con exposición de las circunstancias que, en su caso, justifican la urgencia, y deben hacer referencia expresa a los bienes a que la ocupación afecta o al proyecto de obras que se determina, así como el resultado de la información pública en la que por imposición legal o, en su defecto, por plazo de 15 días, se haya oído a los afectados por la expropiación de que se trate (art. 56 del Reglamento de la LEF).

Por su parte, el apartado 2 del artículo 56 del Reglamento de la LEF establece que

en estos casos no será procedente recurso alguno, pero los interesados, una vez publicada la relación y hasta el momento del levantamiento del acta previa podrán formular por escrito ante el Organismo expropiante, alegaciones a los solos efectos de subsanar posibles errores que se hayan padecido al relacionar los bienes afectados por la urgente ocupación.

A este respecto hay que decir que, pese a haber sentencias que, siguiendo el literal de la norma, entienden que la declaración de urgente ocupación no es impugnabile, pero, a la vista del artículo 24 de la Constitución, que recoge como derecho fundamental la tutela judicial efectiva, no parece que tenga fundamento el criterio de que la declaración de urgencia no sea recurrible, porque, además, esas alegaciones que permite el precepto transcrito tan solo lo son, a los efectos de «subsanar posibles errores que se hayan padecido al relacionar los bienes afectados por la urgente ocupación», pero no para denunciar otras infracciones del ordenamiento jurídico.

En este caso, la Administración alega como causa para la urgente expropiación «con el fin de proceder a la construcción de un colegio público en la localidad de Los Catañales dada la demanda existente para impartir la educación secundaria posobligatoria, en concreto el bachillerato». Teniendo en cuenta que todo vino provocado por un incorrecto proceder de la Administración, que al no extender el Acta de ocupación y pago retrasó mucho tiempo la construcción, no parece, en principio, que concurra la urgencia legalmente exigida, entre otras razones porque la urgencia ha sido culpa de la Administración. Además esa importante demanda de nuevos alumnos ya se sabía cuando la primera expropiación, y nada hizo para remediarla.

Por otra parte, es contradictorio que, en la primera expropiación no tuviera prisa alguna en extender el acta de ocupación y pago, diciendo que ya no le interesaba la finca en cuestión y, ahora, en esta segunda expropiación, aplique las reglas restrictivas del procedimiento de urgencia donde se ocupa antes del pago del justo precio.

Responsabilidad del causante de que no se extendiera el acta de ocupación.

Sabemos que el procedimiento de expropiación lo tramita el delegado del Gobierno, que es el que debe velar porque todos los trámites se cumplan con independencia de que, materialmente, no le corresponda a él realizar las funciones materiales de remitir escritos

del procedimiento a quien corresponda. El responsable de ello será el servicio u oficina correspondientes, cuyo funcionario o funcionarios han incurrido en al menos una negligencia grave exigible, al menos, por vía disciplinaria. La falta disciplinaria puede ir de muy grave (art. 45.2 del RD 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público) a grave o leve (RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado).

Cabría, igualmente, la posibilidad de responsabilidad penal (si se acredita la comisión de un delito. En este caso se paralizaría, en su caso, el expediente disciplinario a la espera de la sentencia, porque si es condenatoria, ya no cabría la responsabilidad disciplinaria, para no infringir el principio de «no concurrencia de sanciones» o *non bis in idem*) o civil, si se acreditan daños y perjuicios por esta conducta negligente de la Administración).

Responsabilidad penal de doña Juana.

En principio parece claro que ha vendido lo que ya no le correspondía, porque se le había expropiado y se le había pagado, luego no puede alegar falta de mala fe o desconocimiento de que lo que hacía no era legal. Puede haber delito de estafa u otro. Por ello, la Administración o el estafado deben presentar la oportuna denuncia o querrela por esta actuación.

Por supuesto, también sería posible, en lugar de la vía penal, que el comprador de esta señora planteara un juicio declarativo en reclamación de lo abonado por la finca, intereses y daños y perjuicios.

Devolución de don Fernando de los 300.000 euros recibidos en concepto de justiprecio por la segunda expropiación.

Señala el relato de hechos que se le pagó el justiprecio de la segunda expropiación, pero ya dijimos que esta expropiación es nula de pleno derecho y hay que revisarla de oficio. Así pues, una vez anulada procede que don Fernando devuelva lo recibido.

Posible responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por supuesto, debe acreditar los daños y perjuicios causados con la segunda expropiación con independencia de los 300.000 euros que se le abonaron en concepto de justiprecio. Pudieran ser la imposibilidad de negocio traslativo de la finca a terceros ya prevista, deterioro de la misma, etc.

No cabe duda de que la actuación administrativa, no extendiendo, oportunamente, el acta de ocupación y pago, provocó la posibilidad legal de la segunda venta, contando, por supuesto, con la anuencia de la presunta delincuente, que sabía que no era ya suya y no le importó venderla, lo que nos lleva a que se produjera un funcionamiento «anormal» de los

servicios públicos, que legitimaría a don Fernando Pérez López a ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, porque parecen concurrir todos los requisitos para ello:

- a) Legitimación. La tiene, al amparo del artículo 4 de la Ley 39/2015, LPAC, pues es interesado o titular de un derecho o interés legítimo, toda vez que ha sufrido un perjuicio económico por la actuación administrativa contraria a derecho.
- b) Plazo. Dependería de cuándo finalizara el procedimiento de revisión de oficio de la primera expropiación, por ser nula, y de su notificación a don Fernando. A partir de ese plazo, dispondría de un año para reclamar.
- b) Daño efectivo y evaluable económicamente. Pagó 300.000 euros por la venta de la fina no ajustada a derecho.
- d) Anormal funcionamiento del servicio público. La causa de todo lo sucedido fue que la Administración no extendió el acta de ocupación y pago y no lo remitió al Registro de la Propiedad número 1 para inscribir la nueva titularidad.
- e) Antijuricidad. No tiene el deber de soportar el perjuicio causado.
- f) Relación de causalidad. Todo se debió a la inactividad administrativa inicial señalada, sin que la conducta de la primitivamente expropiada rompa, al menos totalmente, esa relación de causalidad. En todo caso, podría admitirse una concurrencia de culpas que repercutiría sobre quién debe afrontar la indemnización.

Repetición contra el o los funcionarios o personal causante de la falta de extensión del acta de pago ocupación y su remisión al registro de la propiedad.

En virtud del artículo 36.2 de la Ley 40/2015, LRJSP, que señala que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento». Esto es para el caso de que se hubiere pagado algo en este concepto a don Fernando. Aquí debe incluirse al delegado del Gobierno como responsable final del procedimiento expropiatorio.

3. ¿Era viable la construcción por el propio organismo autónomo del colegio por razones de «eficacia»? ¿Qué le informaría a la presidenta respecto a si era viable, jurídicamente, que la comunidad autónoma encargue la gestión del contrato al organismo autónomo?

A) Es el artículo 30.1 de la LCSP el que señala que:

La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración pública, ya sea empleando exclusivamente medios propios no personificados o con

la colaboración de empresarios particulares cuando concorra alguna de estas circunstancias: b) Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por 100 del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.

En el caso, el argumento que da el organismo autónomo para la ejecución directa es, literalmente, «por razones, de mayor eficacia». En sentido estricto no aparece dicha causa entre las enumeradas en el artículo 30.1 del LCSP para justificar la ejecución directa de las obras. Es un concepto, el utilizado por el órgano de contratación, indeterminado que, de por sí, no justifica la ejecución directa pretendida. Debe concretarse y motivarse.

B) Respecto al encargo de la «gestión del contrato», si entendemos que le pide que ejecute por sí mismo el contrato, la respuesta debe ser negativa porque sería una encomienda de gestión, pues el artículo 11.1 de la LRJSP señala que:

La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en esta.

Además, el artículo 47.1 de la LRJSP señala que «los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público».

De admitirse se dejaría, en cierto modo, sin contenido a la Ley 9/2017, LCSP, pues las Administraciones podrían evitar su aplicación cuando les interesara.

Ahora bien, si se refiere a que el organismo autónomo gestione todo lo preciso para la tramitación del expediente de contratación y la adjudicación del contrato, actuando, en suma como órgano de contratación, sí sería viable utilizando la figura de la delegación del artículo 9 de la Ley 40/2015 que señala:

1. Los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma

Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquellas.

En el ámbito de la Administración General del Estado, la delegación de competencias deberá ser aprobada previamente por el órgano ministerial de quien dependa el órgano delegante y en el caso de los Organismos públicos o Entidades vinculados o dependientes, por el órgano máximo de dirección, de acuerdo con sus normas de creación. Cuando se trate de órganos no relacionados jerárquicamente será necesaria la aprobación previa del superior común si ambos pertenecen al mismo Ministerio, o del órgano superior de quien dependa el órgano delegado, si el delegante y el delegado pertenecen a diferentes Ministerios.

Asimismo, los órganos de la Administración General del Estado podrán delegar el ejercicio de sus competencias propias en sus Organismos públicos y Entidades vinculados o dependientes, cuando resulte conveniente para alcanzar los fines que tengan asignados y mejorar la eficacia de su gestión. La delegación deberá ser previamente aprobada por los órganos de los que dependan el órgano delegante y el órgano delegado, o aceptada por este último cuando sea el órgano máximo de dirección del Organismo público o Entidad vinculado o dependiente.

Por otra parte, respecto a la posibilidad de encargos a medios propios personificados o «sistemas de cooperación vertical», en terminología de la LCSP (arts. 32 y 33), se está haciendo referencia a una de las técnicas de gestión administrativa de gran repercusión práctica, no exenta de polémica, que ha alcanzado unos niveles en su utilización que ha suscitado el interés de la doctrina administrativa y de los órganos externos de control y de tutela de la competencia (Tribunal de Cuentas y Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), habida cuenta de que se empleaba como una vía de escape a la aplicación de la normativa pública de contratos, o porque se pensaba que con ella se pudiera llegar a falsear la libre competencia de mercado, favoreciendo prácticas cuasimonopolísticas de Estado.

De ahí que la LCSP de 2017 haya establecido una más estricta regulación de los encargos a medios propios personificados (sistema de autoprovisión administrativa [Gimeno Feliú], conformándose un uso más restrictivo de los mismos al incorporar, de forma expresa, el nuevo marco normativo comunitario [Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE]), que ha convertido en prosa legal la numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en esta materia, que ha ido definiendo los requisitos que deben concurrir, de forma acumulativa, para que una entidad pueda ser considerada medio propio, cuya pérdida sobrevinida de alguno de ellos supondrá la pérdida de tal condición y la imposibilidad de hacerle más encargos, sin perjuicio de la conclusión de los que estén en fase de ejecución.

A través de estas relaciones de cooperación vertical, las diferentes entidades del sector público, siempre –insisto– que se cumplan toda una serie de requisitos, pueden encar-

gar, en el ejercicio de su potestad de autoorganización (Sosa Wagner), la realización de determinadas prestaciones contractuales (propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios) a sus propios medios personificados (art. 31.1.a LCSP), incluyéndose en el ámbito objetivo de aplicación de la LCSP, pese a que las directivas comunitarias de contratación pública que transpone los consideran negocios excluidos, resultando aquella regulación estatal sustantiva y básica (salvo el art. 32.6.c LCSP, según dispone la disposición final primera LCSP), aplicable, por tanto, a todo el sector público.

El artículo 32.1 de la LCSP señala que

los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Su número 2 recoge todos los requisitos precisos para que se pueda considerar medio propio personificado. Pero no parece el caso.

4. ¿Qué se le informará a la presidenta del organismo autónomo sobre las consecuencias de la huelga respecto al contrato celebrado?

El Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 1/2006, de 25 de febrero, de pronunció sobre esta cuestión y ha tenido en cuenta el mismo para resolver esta pregunta.

Consecuencias de la realización de paros parciales y huelga por los trabajadores adscritos a la ejecución de un contrato, específicamente en el régimen de pagos. En todo contrato administrativo se derivan obligaciones para ambas partes, Administración y contratista. Fundamentalmente al contratista le corresponde realizar las prestaciones objeto del contrato y a la Administración abonar el precio pactado. La inobservancia o defectuoso cumplimiento de estas obligaciones determinan, *a priori*, un incumplimiento contractual. Sin embargo, el supuesto en el que la falta de prestación del servicio se debe a los paros y jornadas de huelga llevados a cabo por los trabajadores de la empresa adjudicataria no puede constituir un incumplimiento contractual, pues, como puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 60/08, de 31 de marzo de 2009, la falta

de cumplimiento no es imputable al contratista, sino a los trabajadores. Y, por otra parte, la huelga es un derecho reconocido constitucionalmente, y siempre que se ejercite dentro de los cauces legalmente establecidos, no puede derivarse una acción de responsabilidad contra los trabajadores. Aunque no exista incumplimiento contractual por el contratista, hay que tener en cuenta que el artículo 197 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público consagra el principio de riesgo y ventura del contratista, al establecer: «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 239, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de celebración entre el sector público y el sector privado». Y aunque este principio tiene excepciones, las consecuencias de la huelga no deben ser soportadas por la Administración contratante, sino por el contratista, ya que debe considerarse como un riesgo normal de la actividad empresarial.

El Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, entre otras las de 21 de enero de 1983 y 20 de junio de 1988, considera que la huelga siempre que se haya desenvuelto ordenadamente y se hayan cumplido los servicios mínimos fijados por la autoridad competente es propia del giro de la empresa. La huelga no es supuesto de fuerza mayor a los efectos de exceptuar la aplicación del principio de riesgo y ventura en el cumplimiento del contrato, sino que se trata de un suceso normal con el que deben contar las empresas, adoptando las medidas de previsión oportunas.

En el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, como el 14/2010, de 11 de marzo.

Por ello, la Administración contratante no está obligada al pago de los servicios dejados de realizar, sino que es el contratista quien debe soportar las consecuencias económicas de la huelga, dejando de percibir las cantidades correspondientes a los servicios no prestados, así como los derivados del establecimiento de los servicios mínimos, si han tenido que cubrirse por la Administración.

La consideración de la huelga como perteneciente a las áreas del riesgo empresarial lleva incluso a considerar que no impide la aplicación de la resolución del contrato (Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia 250/2012, de 30 de mayo de 2012).

Entrando en el método de cálculo de las cantidades que deben detrarse de los pagos al contratista como consecuencia de la huelga, la primera consideración es que habrá que estar a lo dispuesto en los pliegos de cláusulas, en caso de que haya una previsión específica. De no ser así, será al órgano de contratación al que le corresponda valorar las deducciones derivadas de la falta de prestación del servicio, atendiendo a las condiciones del mismo. La Junta Consultiva del Estado, en el informe antes citado, referido a un contrato de gestión de servicio público de recogida de basuras, considera que la Administración no está obligada a pagar la parte correspondiente a los salarios que no ha satisfecho el contratista,

pero sí a abonar el importe de los gastos generales imputables a la prestación del servicio. Y basa su criterio en la interdicción del enriquecimiento injusto, por lo que entiende que en los pagos habrá que deducir «el importe de los gastos que el empresario hubiera dejado de soportar por aplicación de las disposiciones reguladoras del derecho de huelga», porque de otra manera habría un enriquecimiento injusto para el contratista.

Sin embargo, la jurisprudencia reciente aplica un criterio más amplio, que atiende a las características de cada contrato. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia 51/2012, de 9 de febrero, relativa a un contrato de gestión de servicio público de estacionamiento regulado en las vías públicas, confirma la sentencia de instancia, que considera que aunque en la prestación del servicio no solo existen costes de personal para el adjudicatario, sino que hay amortización de parquímetros y de equipos informáticos, gastos financieros, costes varios, gastos generales y beneficio industrial, y que con motivo de la huelga el único coste que no soportó la empresa adjudicataria fueron los costes de personal, queda acreditado que durante la huelga se produjo un cese total de servicio, y que aunque existen una serie de prestaciones accesorias o instrumentales que facilitan o completan las prestaciones principales, en ningún caso pueden considerarse desligadas o independientes. El tribunal concluye que corresponde detraer completa la contraprestación del servicio por los días de huelga.

Por tanto, en los supuestos de paros parciales y huelga de los trabajadores adscritos al contrato, la Administración debe deducir de los pagos las cantidades correspondientes a las prestaciones dejadas de realizar por el contratista. En todo caso, será necesario que el órgano de contratación tramite el oportuno procedimiento administrativo, tal y como exige el artículo 191 de la LCSP, y que si existe oposición del contratista se solicite el preceptivo dictamen del Consejo de Estado o consultivo de la comunidad autónoma.

Conclusión: Las consecuencias económicas de la realización de paros parciales y huelga por los trabajadores adscritos a la ejecución de un contrato de servicios corresponde soportarlas al contratista. La Administración detraerá las cantidades correspondientes a las prestaciones dejadas de realizar, previa tramitación de un expediente, conforme al artículo 191 del LCSP.

Por supuesto sí supone incumplimiento de obligaciones esenciales, porque así se recoge en los pliegos que sería causa de resolución del contrato, pues el artículo 211.1 f) de la LCSP establece que es causa de resolución:

El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

Si hay resolución por esta causa, podría incautarse la garantía definitiva prestada por el contratista.

Otro efecto que podría producir es, según el artículo 195.2 de la LCSP, una prórroga, pues señala dicho apartado:

Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista.

5. ¿La Administración debe informar a los licitadores respecto de las obligaciones de subrogación del personal, en los casos de cambio de contratista por adjudicación de un nuevo contrato público? ¿De quién es la responsabilidad en caso de incumplimiento de lo anterior y cuáles son las consecuencias contractuales que se derivan de los datos irregulares en la subrogación del personal en el proceso concursal?

A) Ninguna duda hay en la actualidad sobre la obligación de informar a los licitadores respecto de las obligaciones de subrogación del personal, en los casos de cambio de contratista por adjudicación de un nuevo contrato público.

Aunque la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 31/1999, de 30 de junio, entendía que

la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Sin embargo, este criterio tuvo que ser matizado y la misma Junta en el Informe 33/2002, de 23 de octubre, señaló:

La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 59 de la Ley.

Posteriormente, el artículo 130 de la LCSP dio rango legal a la necesidad de que se incluya en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo:

En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este.

Sobre esta obligación de informar, su contenido y alcance, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones. La Resolución 96/2015, de 30 de enero, resume su doctrina sobre la cuestión, indicando que:

a) Los pliegos que rigen la licitación, o la documentación complementaria, deben especificar con la suficiente precisión y exactitud todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato.

b) La obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios. Si existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del artículo 120 TRLCSP –hoy 130 LCSP– y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación, el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación. Esta información deberá constar en el propio pliego o en la documentación complementaria, siendo aconsejable que se haga, igualmente, cons-

tar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado artículo 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

El Tribunal concreta el contenido de la información que debe de ponerse a disposición de los licitadores, que será:

La información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos.

B) Sobre la responsabilidad respecto de dicha información, el tribunal dice:

La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta a la hora de elaborar su oferta. Es, por tanto, el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario, para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación.

Y concluye:

a juicio de este Tribunal la veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual solo puede ser responsabilidad de este sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente, y en caso de no serlo requerir al adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo incluso aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente, y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores, si la información no es «completa».

Conclusión: La obligación de informar sobre los costes laborales de la subrogación recae en el órgano de contratación, quien deberá recabarla de los actuales adjudicatarios. La veracidad de la información suministrada por el adjudicatario solo puede ser responsabilidad de este, sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla.

Sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente.

El incumplimiento por el adjudicatario de la obligación de suministrar esta información puede dar lugar a aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el incumplimiento del contrato y posible resolución del mismo.

6. Informe sobre la reclamación planteada por el titular de la finca colindante a aquella en que se realizaban las obras y la contestación de la Administración.

Con respecto al recurso de la sociedad anónima, titular de la firma, el recurso no será admitido por falta de legitimación, pues no es titular de ningún derecho o interés legítimo que sea susceptible de protección, ya que el relato de hechos señala que los únicos daños en la finca por la rotura de la tubería fue la pérdida de la cosecha que sufrió la sociedad arrendataria.

A continuación debemos señalar es que la exigencia de indemnización, en concepto de responsabilidad patrimonial, es viable, toda vez que aunque el artículo 196.1 de la Ley 9/2017, LCSP, señala que «será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato» y el artículo 197 establece el principio de riesgo y ventura del contratista señalando que «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239», el apartado 2 del artículo 196 señala que «cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación». Al señalar el relato de hechos que la contratista ejecutaba el contrato «ateniéndose a lo prescrito en el Proyecto de Obras realizado por el propio Organismo Autónomo», es claro que la responsabilidad es de la Administración

Por otra parte, la sociedad estaba obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración, cosa que no hizo, sino que presentó su solicitud, de forma personal el último día y a última hora en el Registro de la Administración, por lo que podría plantarse la duda respecto a la interpretación del artículo 14.2, que señala:

Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, ha admitido por sentencia de 18 de diciembre de 2020 el recurso de casación número 1928/2020, señalando que por lo que concierne al interés casacional que es, en entre otros extremos, clarificar, de un lado, la vigencia de las normas aplicadas y, de otro, la forma en que debe actuar la Administración cuando se incumple la obligación de relacionarse electrónicamente con ella y las consecuencias de tal incumplimiento en relación con la interpretación de los artículos 68.4 y 14.2 de la LPAC, por lo que habrá que esperar la sentencia para saber la doctrina que se fija la respecto.

Caben dos interpretaciones posibles, según la doctrina:

A) Favorable al interesado.

Cuando el artículo 68.4 de la Ley 39/2015 dice que se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación, añade al inicio de la frase otra que la puntualiza, «a estos efectos». Si leemos la frase anterior, cuando dice «a estos efectos» se está refiriendo a la presentación electrónica, con lo que uniendo ambas frases nos encontramos con que lo que quiere decir el artículo es que a los efectos de la presentación electrónica, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación, que es cuando realmente se produce la presentación electrónica y no antes, cuando la misma no se había realizado.

Esto tiene sentido por cuanto el artículo 31.2 c) de la Ley 39/2015 nos dice que «el inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir las Administraciones Públicas vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el registro electrónico de cada Administración u Organismo».

Dentro de estos plazos que han de cumplir las Administraciones públicas destaca el plazo máximo para resolver y notificar la resolución. Si acudimos al artículo 21 de la Ley 39/2015, vemos que al igual que se hacía en la Ley 30/1992, se establece la obligación de dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación, y a hacerlo en el plazo máximo fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento (si no dice nada, serán tres meses). En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, este plazo se contará desde la fecha en que dicha solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración y organismo competente para su tramitación (art. 21.3.b).

Si unimos lo dispuesto en los artículos 21.3 b), 31.2 c) y 68.4 de la Ley 39/2015 y aplicamos los mismos criterios que la jurisprudencia había sentado sobre el diferente alcance retroactivo de la subsanación de las solicitudes defectuosas para la Administración y para el ciudadano, nos encontramos con que la interpretación integrada más acorde con el principio *pro actione*, el carácter antiformalista del procedimiento administrativo y que más protege al contribuyente, es la siguiente: cuando el inciso final del artículo 68.4 de la Ley 39/2015 se refiere a que se considerará como fecha de presentación electrónica de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación electrónica, en realidad se está refiriendo a los efectos del inicio del cómputo de los plazos que han de cumplir las Administraciones públicas (art. 31.2.c), incluido el plazo máximo para dictar resolución y notificarla (art. 21.3.b), pero no a los efectos de que no valga como fecha de presentación a los efectos de conservación de derechos de la presentación defectuosa «en papel».

Por otra parte, es verdad que el mismo problema se podría plantear en las presentaciones en persona en los registros de las Administraciones, es decir, que su solicitud o insuficiencia de documentación sea subsanable, lo sepa y, pese a ello, intencionadamente lo presenta el último día de plazo, otorgándosele por la Administración, posteriormente, un plazo para subsanar. Así se he hecho siempre sin plantearse cuál era la voluntad del solicitante.

B) Desfavorable al interesado.

El artículo 68.4 de la Ley 39/2015 es tajante, claro e imperativo:

Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación.

Los términos tajantes no dejan espacio para interpretar lo que es claro e inequívoco. No caben interpretaciones *contra legem*. La interpretación antiformalista, *pro actione* o pro administrado, solo juega dentro del margen de flexibilidad de la ley.

Toda subsanación presupone un error del interesado, y debe brindarse la misma y tiene juego y utilidad cuando se subsana «dentro del plazo».

En efecto, el supuesto del artículo 68.4 de la Ley 39/2015 se refiere a los casos de los artículos 14.2 y 14.3, o sea, supuestos de personas que están obligadas por ley a comunicarse electrónicamente (personas jurídicas, empleados públicos, etc.), y además que tienen obligación de saberlo, de manera que si a sabiendas o por negligencia, y recordemos que «la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento» presentan su solicitud de forma «pre-

sencial» no pueden beneficiarse de su torpeza para obtener el valioso regalo de un aplazamiento de plazo hasta que lo subsanen. O sea, un beneficio del que no han disfrutado los que sí han presentado electrónicamente en tiempo su solicitud.

En resumidas cuentas, toda subsanación presupone un error del interesado, y debe brindarse la misma y tiene juego y utilidad cuando se subsana «dentro del plazo» (por ejemplo, la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial se solicita por escrito a los seis meses y la subsanación por cauce electrónico tiene lugar dentro del séptimo mes, esto es, dentro del año de plazo máximo), pero a donde no alcanza ni debe alcanzar la subsanación es a reabrir un plazo material de acreditación del derecho. En estos casos, la reclamación sería extemporánea porque la presenta en el último momento de plazo del año de prescripción, de manera que la subsanación que le pueda requerir el ayuntamiento se hará a partir del día 5 de mayo, luego pasado ya el plazo.

No hay que olvidar otro extremo que señala el relato de hechos cuando dice literalmente que la contratista era «una sociedad anónima cuyo objeto social era la construcción de obras y que, por ello, participaba, con frecuencia, en procedimientos de contratación y subvenciones otorgadas por las distintas Administraciones Públicas», por tanto, quiere decirse que conocía perfectamente el deber que tenía de relacionarse con la Administración, por lo que hacer la presentación de forma personal y el último día de plazo y a última hora equivaldría a que, obrando de mala fe, pretendía obtener, implícitamente, un privilegio, consistente en suplemento o prórroga del plazo, que rompería el principio de igualdad en la contratación.

De manera que caben las dos interpretaciones en estos momentos en espera de la sentencia del Tribunal Supremo.

Si se admitiera la segunda interpretación, el recurso contencioso-administrativo planteado se resolverá por auto del juzgado de lo contencioso-administrativo (art. 8 LJCA), no admitiéndose conforme al artículo 51.1 d) de la LJCA, que prevé la no admisión del escrito de recurso por haber caducado el plazo de interposición del recurso.

Por tanto, creo que no hay espacio para interpretar lo que está claro e inequívoco. No caben interpretaciones *contra legem*. La interpretación antiformalista, *pro actione* o pro administrado, solo juegan dentro del margen de flexibilidad de la ley. Podremos ser imaginativos para interpretar textos legales, pero no para forzar y retorcer su letra para que «donde dije digo, digo Diego» (y lo de Diego es un amable guiño para Diego Gómez). Si no nos gusta la clara voluntad legal, pues tendremos que esperar un cambio de criterio expreso del legislador o una sentencia del Constitucional declarando su inconstitucionalidad.

Sin embargo, creo que la ley sigue un criterio lógico y razonable.

El supuesto del artículo 68.4 de la Ley 39/2015 se refiere a los casos de los artículos 14.2 y 14.3, o sea, supuestos de personas que están obligadas por ley a comunicarse electrónicamente.

nicamente (personas jurídicas, empleados públicos, etc.), y además que tienen obligación de saberlo, de manera que si a sabiendas (o por negligencia, y recordemos que «la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento») presentan su solicitud de forma «presencial», no pueden beneficiarse de su torpeza para obtener el valioso regalo de un aplazamiento de plazo hasta que lo subsanen. O sea, un beneficio del que no han disfrutado los que sí han presentado electrónicamente en tiempo su solicitud.

Imaginemos algunos supuestos que a mi juicio explican el tenor y voluntad legal:

- Basta imaginar un procedimiento de acreditación de requisitos, o en que debe presentarse una memoria o trabajo; unos correrán para cumplir el plazo electrónico y otros presentarán una solicitud electrónica sin aportar memoria alguna, y estos disfrutarán de una prórroga.
- O un procedimiento competitivo, no tanto porque la prioridad en solicitar la subvención determine su obtención, sino un sencillo procedimiento competitivo de concurso de provisión de puestos de trabajo o convocatoria de becas, etc. La igualdad de fecha de preclusión de méritos se impone. Mismas reglas para todos.
- O imaginemos un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial que desean plantear dos siniestrados que iban en moto, al caer en un socavón en la vía pública. Uno de ellos hace los deberes y acopio de pruebas y documentación y la aporta el último día del año de plazo para reclamar, y el otro ese último día del año solamente formula la reclamación y no aporta nada de nada; aunque no es un procedimiento competitivo, este último ha disfrutado de las oportunidades y estrategias que autoriza una prórroga del plazo, que se extenderá hasta la subsanación.
- También debemos tener en cuenta no solo el interés del particular, sino el interés objetivo de la administración en que los plazos se cumplan, porque los procedimientos tienen que terminarse en plazo por razones objetivas de gestión pública: presupuestarias, cumplir objetivos, unificar criterios, aplicación de la misma norma al mismo caso, etc. Pues bien, importa que si hay un plazo, se cumpla en los términos predeterminados, y no que quede la administración y sus funcionarios a expensas de plazos «asimétricos» derivados de la mayor o menor diligencia del particular. Si se me permite la licencia, la Administración es un padre que quiere a sus hijos sentados a comer a la misma hora, sin que cada uno se siente cuando le plazca.

En resumidas cuentas, toda subsanación presupone un error del interesado, y debe brindarse la misma y tiene juego y utilidad cuando se subsana «dentro del plazo» (por ejemplo, la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial se solicita a los seis meses y la subsanación tiene lugar dentro del séptimo mes, esto es, dentro del año de plazo máximo), pero a donde no alcanza ni debe alcanzar la subsanación es a reabrir

un plazo material de acreditación del derecho, ni a ofrecer una situación de ventaja en procedimientos competitivos ni a convertir un plazo formal uniforme y predeterminado en un plazo flexible y a la carta.

Por eso parece que el artículo 68.4 de la Ley 39/2015 cobra sentido en su literalidad y voluntad.

La decisión de inadmisión de la oferta de la recurrente es ajustada a Derecho porque su presentación en papel, aun dentro de plazo, infringe la exigencia de presentación electrónica impuesta para todos los licitadores en el PCAP. Lo contrario implicaría, además de una clara contravención del Pliego, un injustificado trato de favor a favor de la empresa recurrente y una vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en los que se fundamenta la contratación pública. (Resolución 1023/2018).

Pero ¿cuándo se admite la excepción?. El criterio que hemos expresado del TACRC, más o menos uniforme, ha sido el seguido en las resoluciones más recientes del propio TACRC y de otros tribunales de contratación.

No obstante, en ocasiones se ha visto alterado, como en la Resolución del TACRC 931/2018, de 11 de octubre, aceptando la justificación de la excepción por la falta de medios electrónicos:

La imposibilidad material de utilización de este tipo de medios ha quedado comprobada por el hecho de que el Gobierno de Murcia, que es el competente para la implantación de sistemas electrónicos en los municipios de menos de 20.000 habitantes, como es el del órgano de contratación que no llega a los 7.000 habitantes, todavía no ha conseguido implantar el sistema en el municipio de Lorquí, así como en otros de la Comunidad, lo que supone una imposibilidad material de aplicación del procedimiento electrónico encuadrable dentro del Apartado c) de la Disposición Adicional 15.^a de la LCSP, pues se trata, a fin de cuentas, de un supuesto en el que los equipos ofimáticos especializados para su implantación no están «generalmente disponibles» entre los órganos de contratación de la C.A. de la Región de Murcia, por lo que no resulta exigible la tramitación por medios electrónicos. A lo que se debe añadir además que dicha carencia no perjudica en absoluto a la recurrente ni a los restantes licitadores, que podrán siempre presentar sus ofertas de forma presencial, no lesionándose por tanto derecho alguno de los licitadores».

También en la misma línea, más recientemente, la Resolución 278/2019 de 10 de septiembre del TARC andaluz desestima como causa de impugnación el que los pliegos prevean la presentación en papel, al considerar suficientemente motivada en el expediente tal circunstancia:

No obstante, ha de tenerse en cuenta que en la resolución de inicio del expediente que obra en las actuaciones se hace también mención a la exclusión de la utilización de medios electrónicos para la presentación de ofertas «al no estar culminados los cambios tecnológicos del Gestor de Expedientes de Contratación ni su integración con la Plataforma de Contratación del Sector Público [...]», especificándose en el informe al recurso que dicha implantación, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades adscritas, corresponde a la Consejería de Hacienda, Industria y Energía y que actualmente está en proceso de ejecución un expediente a tal fin.

7. Realice el informe jurídico sobre la concurrencia o no de causa de incompatibilidad en el caso de que se acaba designado al Sr. XXX como jefe de servicio.

La STSJ de Castilla y Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 277/2016, de 23 de febrero, señaló al respecto que se estima probado que el funcionario nombrado mediante libre designación como jefe de servicio, donde se encuentra su mujer como jefe de sección, genera un conflicto de intereses que no se resuelve con la abstención, siendo incompatible el nombramiento.

Ciertamente, no existe ninguna norma concreta que prevea la específica incompatibilidad analizada, frente a lo que ocurre en otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, como es respecto a los componentes del Poder Judicial, que está prevista en el artículo 346 de la ley orgánica, que incompatibiliza que los jueces y magistrados puedan pertenecer a una misma sala de un tribunal si están unidos por vínculo matrimonial. Sin embargo, ello no quiere decir que, aun no existiendo tal previsión expresa, en aplicación de los criterios generales definitorios de la situación de incompatibilidad recogidos en la normativa de aplicación, no existan posibles supuestos en los que, pese a la falta de previsión expresa de norma concreta, se pueda incurrir en causa de incompatibilidad.

Es ello así porque de lo previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal de las Administraciones públicas, deriva un deber general de que se garantice la imparcialidad en la actuación del funcionario, lo que es trasunto de lo establecido en el artículo 103 de la Constitución española, que claramente establece este deber de imparcialidad en la actuación del funcionario. El artículo 1.3 de dicha ley es del siguiente tenor literal:

En cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

Este deber de actuación imparcial del funcionario se concreta en el artículo 52 del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público, en el que se expresan deberes de los empleados públicos, estableciendo un código de conducta, expresando el precepto lo siguiente:

Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, [...] imparcialidad.

En el artículo 53 se contienen los principios éticos, estableciendo:

1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.
2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.
5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.

Atendiendo al genérico deber de objetividad en la actuación administrativa que impone nuestra Constitución en su artículo 103, el empleado público está sometido a los principios de imparcialidad y neutralidad, al objeto de garantizar un adecuado ejercicio de la función administrativa y por tanto de la legalidad y acierto de las decisiones que puedan adoptarse. No es posible admitir ningún tipo de conducta pública guiada por intereses personales.

Por ello, una de las primeras y más básicas obligaciones del empleado público es abstenerse de intervenir en todo procedimiento en el que pueda existir un conflicto entre el interés general que representa la actuación administrativa que, bajo su responsabilidad, tiene encomendada y sus intereses particulares. En otras palabras, el empleado público procurará abstenerse de cualquier proceder arbitrario que, por cualquier motivo irrelevante para el interés general, afecte o pueda afectar de manera negativa a cualquier ciudadano o, por el contrario, suponga un trato de favor.

A tenor de las precedentes premisas, lo que se ha de analizar es si el nombramiento de un funcionario, cualquiera que sea el sistema de provisión, para un puesto de jefe de servicio, en el cual como dependiente del mismo se encuentra una jefatura de sección de la que es titular su esposa, entraña o puede entrañar en un sentido objetivo un conflicto de intere-

ses entre los públicos, cuya gestión le está encomendada al funcionario, y los de carácter privado, que pudieran comprometer la imparcialidad y la independencia de su actuación.

Como jurisprudencia sobre esta cuestión hemos de traer a colación la STS de 29 de junio de 2012, rec. núm. 60/2010, la cual expresa al respecto lo siguiente:

La finalidad de la incompatibilidad contenida en el artículo 393 de la LOPJ no es salvaguardar la imparcialidad del Juez en procesos concretos, ya que el mecanismo legalmente previsto para lograr ese objetivo es la institución de la abstención /recusación.

La principal finalidad de dicha incompatibilidad es otra: asegurar la imagen externa de imparcialidad que todo juez ha de ofrecer a la ciudadanía para que no quiebre la confianza social en la Administración de Justicia, que, como reiteradamente ha declarado este Tribunal Supremo en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye un elemento esencial del modelo de Estado de derecho; y debe añadirse, en esta línea, que lo pretendido con esa incompatibilidad es evitar la apariencia de la implicación del juez en conflictos de intereses.

Con las necesarias matizaciones por razón de la diferencia de supuestos contemplados, en cuanto que la sentencia citada se refiere a un supuesto de incompatibilidad de jueces y magistrados frente al estatuto propio de los funcionarios, se ha de entender que nos encontramos ante una situación análoga, de forma tal que con independencia de los concretos conflictos que pudieran solventarse a través de la abstención, lo que se ha de constatar es si el desempeño del puesto analizado de jefe de servicio puede comprometer la imagen externa de imparcialidad de una forma objetiva.

Aplicando las precedentes consideraciones al caso analizado, se ha de llegar a la conclusión, pese al carácter restrictivo de la interpretación de las situaciones de incompatibilidad –como se encarga de recordar la STS de 2 de noviembre de 2015, rec. núm. 826/2014–, de que existe dicha incompatibilidad para el desempeño del puesto analizado, en tanto que la cónyuge del funcionario nombrado ostente una jefatura de sección en el mismo servicio, y ello porque la actuación del funcionario que asume la función de jefatura va a entrañar una función de fiscalización permanente sobre determinadas actuaciones de la funcionaria jefe de sección, que es la esposa del mismo, que objetivamente genera un conflicto de intereses, real o potencial, que se ha de salvaguardar, incompatibilizando para el desempeño del puesto, como requisito para asegurar un desempeño objetivo e imparcial de la función pública, evitando una imagen de desconfianza en la actuación, todo lo cual es una garantía de un servicio fiel al interés público.

Así, efectivamente, se ha de entender que de toda la prueba practicada en el procedimiento de instancia a propuesta del demandante se desprende que existen actuaciones múltiples en que el funcionario nombrado como superior jerárquico debe fiscalizar la ac-

tuación de los jefes de sección, ya que estos asumen una posición de carácter jerárquico inmediatamente inferior a la de aquellos, lo que conlleva a que dicha fiscalización sea próxima e incluso de alguna forma asidua. Así se desprende de dicha prueba practicada, al existir firmas conjuntas de actas, visados de informes, otorgamiento del visto bueno de certificaciones de obras, aprobación de proyectos formulados por el jefe de sección, propuestas de vacaciones, etc.

Existe, por lo tanto, una relación permanente en la que el superior jerárquico dirige y fiscaliza la actuación de sus inmediatos inferiores, como es propio de una Administración jerarquizada, de forma tal que el conflicto de intereses que puede generarse no solo es genéricamente posible, sino que está claramente contrastado, en forma tal que este conflicto puede afectar a la imparcialidad del funcionario y, dada su continuidad, no puede superarse a través del instituto de la abstención previsto en el artículo 23 de la Ley 40/2015, LRJSP.

A tenor de los precedentes razonamientos, ha de concluirse que existe incompatibilidad según la situación fáctica existente para que el funcionario nombrado como jefe de servicio pueda desempeñar el mismo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 23, 24, 103 y 137.
- Ley Orgánica 2/2006, de educación, art. 6 bis.
- Ley de expropiación forzosa de 1954, arts. 52 y 53.
- Ley 53/1984 (incompatibilidades del personal de las Administraciones públicas), art. 1.3.
- Ley 7/1985, de bases del régimen local, arts. 7.4, 25.2 y 27.3.
- Ley 29/1998, LJCA, arts. 8, 19.1, 29 y 51.1.
- Ley 39/2015 y normativa reglamentaria de desarrollo, arts. 4, 14.2, 21, 31, 68, 93, 107.1 y 111.
- Ley 40/2015, LRJSP, arts. 9, 11.1, 36.2 y 47.
- Ley 9/2017, LCSP, arts. 30.1, 31, 32, 33, 191, 195, 196.1 y 197.
- Real Decreto-Ley 5/2015, EBEP, arts. 45.2, 52 y 53.
- Reglamento de expropiación forzosa de 1957, arts. 55 y 56.