

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado mayor del Consejo de Estado

I. Comentario general de doctrina legal: 1. Certificaciones de obra; 2. Calificación de los créditos derivados del impago de los justiprecios en los casos de concurso de las beneficiarias de las expropiaciones

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

I. LAS CERTIFICACIONES DE OBRA

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de enfrentarse en su labor consultiva durante el año de 2012 a algunas prácticas irregulares en el ámbito de la contratación administrativa. En efecto, se ha verificado en algunas ocasiones que los directores de obras han certificado no sobre la obra realmente ejecutada, sino sobre la presupuestada.

El pago del precio en los contratos de obra puede hacerse, bien cuando el contratista ejecuta a satisfacción de la Administración la totalidad del objeto del contrato, bien de manera parcial y sucesiva (pagos parciales) durante su ejecución, según se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En estos últimos casos, se reconoce al contratista el derecho a percibir abonos a cuenta a medida que vaya ejecutando el objeto del contrato mediante la expedición de las correspondientes certificaciones. Para que puedan producirse los citados abonos a cuenta es necesario que el órgano de contratación vigile la concordancia entre dichos abonos y el cronograma de ejecución de la obra.

Las certificaciones de obras son títulos jurídicos que legitiman al contratista a hacer efectivos los derechos económicos derivados del pago de su prestación (Dictamen del Consejo de Estado número 33.121). Incorporan un derecho de crédito del contratista frente a la Administración por virtud de los cuales esta realiza abonos, con carácter parcial y provisional, a cuenta del precio del contrato, a fin de permitir una mejor financiación de los trabajos (Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1993, de 27 de mayo). Y, en fin, son documentos que expide la Administración y que incorporan un reconocimiento de deuda líquida como contraprestación por las unidades de obra ejecutadas durante el período a que se refieren.

Las certificaciones de obra son liquidaciones parciales y provisionales del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1990) y actos administrativos declarativos de derechos; en concreto, del derecho a percibir su importe (Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de diciembre de 1976). Sirven, además, para acreditar la obra ejecutada (Sentencia de la Audiencia de Las Palmas de 24 de marzo de 1994), de tal suerte que tienen la condición de actos de verificación. No tienen autonomía y sustantividad propia respecto del contrato principal (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998). En cuanto título, son documentos administrativos de carácter contable (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980), legitimadores del derecho a exigir el pago efectivo de la prestación cumplida (Dictamen del Consejo de Estado de 3 de diciembre de 1964). En ningún caso, su expedición supone aprobación, aceptación o recepción de las obras a que se refieren (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1974, 12 de marzo de 1992 y 31 de octubre de 1992). Tienen, por tanto, carácter provisional (Dictamen de 9 de julio de 1959).

Las cantidades percibidas por el contratista en concepto de certificaciones de obra no pasan a formar parte definitivamente de su patrimonio hasta la terminación y recepción de la prestación por parte de la Administración. El contrato administrativo es un contrato, en principio, de resultado, en el sentido de que la prestación ha de ser cumplida en su totalidad. El abono parcial del precio mediante certificaciones no afecta al principio de indivisibilidad del objeto del contrato (Sentencia de 12 de marzo de 1992). En todo caso, las certificaciones no son títulos valores ni pueden asimilarse a ellos. No incorporan una orden de pago, ni son libremente transmisibles, ni se independizan de la relación jurídica que constituye la causa jurídica de su expedición (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1984, 6 de marzo de 1986 y 12 de noviembre de 1990). Tampoco son jurídicamente un pago, pese a su naturaleza de acto debido para la Administración. Falta

en ellas el carácter liberatorio y de cumplimiento de la prestación debida. Constituyen, de una parte, una técnica de apoyo económico y financiero al contratista para una mejor ejecución del contrato y, de otra, un mecanismo de control administrativo que garantiza el seguimiento interno del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980).

No obstante su carácter de actos administrativos de adveración y declarativos de derechos, las certificaciones pueden ser anuladas por la Administración sin sujetarse al procedimiento establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980). Y es que cabe que las certificaciones sean rectificadas en la medición final de la obra (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1990).

Habida cuenta la naturaleza expuesta de las certificaciones de obra, es claro que su expedición está basada en el principio de realidad, de tal suerte que procede la expedición solo cuando los trabajos están efectivamente realizados. Ello comporta que únicamente pueden emitirse previa verificación de la realidad y certeza de las labores desarrolladas. Sin dicha realidad y certeza, las certificaciones no son legítimas y carecen de validez. En consecuencia, no cabe expedirlas sobre las obras presupuestadas, sino solo sobre las realmente hechas.

Operar de otro modo y, en especial, certificar obras que no han sido realmente ejecutadas implica, de un lado, una falsedad de la realidad –por cuanto se está declarando la realización de unos trabajos no hechos– y, de otro lado, pudiere comportar un eventual perjuicio de los caudales públicos –por cuanto las certificaciones permiten al contratista disponer de fondos públicos por unas labores no ejecutadas–.

En algunos casos consultados, el Consejo de Estado ha verificado la expedición de certificaciones de obra no sobre las labores realmente hechas, sino sobre las presupuestadas. Esta práctica administrativa carece de todo fundamento legal, no se acomoda a la legislación administrativa y contable –generadora de responsabilidad contable– por cuanto puede comportar un perjuicio de los fondos públicos.

Igual juicio desfavorable merece el hecho, también observado en algunos expedientes relativos a la contratación pública, en los que el contratista gira cargos y certificaciones –por las obras ejecutadas– con arreglo al presupuesto de licitación y no al precio de adjudicación. Todos los contratos tienen un precio cierto y determinado, el de adjudicación, y, en consecuencia, el derecho de los contratistas a percibir las cantidades devengadas está referido exclusivamente a las obras hechas con arreglo a los citados

precios de adjudicación –y no a los precios de licitación–. La percepción de cantidades fijadas con arreglo a los precios de licitación constituye una manifiesta ilegalidad, toda vez que genera en los contratistas un enriquecimiento injusto y correlativamente origina un perjuicio económico directo en la Administración.

Por consiguiente, el Consejo de Estado considera que debe extremarse el celo por parte de los directores de obra a fin de evitar prácticas inadecuadas como las indicadas.

2. CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DEL IMPAGO DE LOS JUSTIPRECIOS EN LOS CASOS DE CONCURSO DE LAS BENEFICIARIAS DE LAS EXPROPIACIONES

Con ocasión de la declaración de concurso de diversas concesionarias de autopistas de peaje, se están planteando ante los Juzgados de lo Mercantil dos cuestiones de interés, a saber: la calificación tanto de los créditos ostentados por los expropiados por impago del justiprecio como de los intereses devengados por el retraso en su abono en el procedimiento de ejecución general.

En relación con la primera de las cuestiones, la mayor parte de los juzgados de lo mercantil vienen calificando los créditos no pagados por las beneficiarias concursadas como créditos ordinarios con arreglo a las disposiciones de la Ley Concursal –que contraviene en este punto a la legislación administrativa aplicable–, pese a que tal calificación es contraria a la naturaleza de las cosas y al ordenamiento jurídico-administrativo.

La situación habida es consecuencia de que la Ley Concursal no prevé una situación como la que es suscitada. En concreto, no contempla el caso de concurso de una concesionaria, titular de un servicio público como es la autopista, que adeuda los justiprecios de las expropiaciones de las que ha sido beneficiaria. Y es patente que la posición jurídica de los expropiados, que no han entablado voluntariamente ningún tipo de relación con la concursada y que se han visto coactivamente privados de sus bienes y no resarcidos, no es equiparable a la de los demás acreedores. La falta de una regulación específica para este concreto y singular caso no puede comportar sin más la aplicación de la regulación general. Antes al contrario, el juzgador debe realizar una interpretación completiva de las previsiones legales para dar una solución adecuada y justa a la cuestión planteada ante la imprevisión del legislador.

Dicha solución debe alcanzarse atendiendo a la naturaleza misma del instituto de la expropiación forzosa. La potestad de expropiar está cons-

truida legalmente conforme a dos reglas inspiradoras: es, de una parte, una garantía para el expropiado, al que se asegura el cobro de la indemnización que le corresponde como consecuencia de ser privado de sus bienes, y, de otro lado, como un poder circunscrito a límites concretos –que se funcionalizan específicamente como presupuestos de validez–, de modo que solo dentro de los mismos el ataque al patrimonio privado puede calificarse de poder jurídico. Al margen de estos límites no existe expropiación, sino «vía de hecho», no un poder jurídico, sino un despojo ilegal. El principio de la indemnización como elemento esencial de la expropiación forzosa está establecido en nuestro derecho, incluso con carácter constitucional (Constitución, artículo 33.3). El verdadero título (en sentido genuino) de la atribución patrimonial o del desapoderamiento del expropiado es precisamente el pago. La indemnización no es un efecto derivado de la potestad expropiatoria, sino justamente como todo lo contrario, un presupuesto de legitimidad para su ejercicio. Y es que la indemnización es concebida por el ordenamiento como una «carga» en el sentido rigurosamente técnico de necesidad de adoptar un cierto comportamiento para obtener un resultado ventajoso, de tal suerte que el efecto expropiatorio se entiende consumado con el pago, puesto que la ley no ha derogado para este caso la regla común que sitúa en el acta del pago el título formal de transmisión. La explicación del fenómeno de la ocupación urgente solo puede venir por su calificación como requisición de uso, y que es, en efecto, objeto de una indemnización sustantiva.

Así, en el interregno entre el depósito previo y el pago definitivo no hay una transferencia de la propiedad, sino una posesión administrativa, sometida a una condición resolutoria; la del pago total. El anticipo que obliga a depositar a la administración expropiante tiene el carácter de una cautela. La prueba es que la transmisión de la propiedad es posterior al pago del justiprecio, ya que el acta de depósito previo a la ocupación no es el título inscribible. Hasta el pago total, no se consuma la expropiación. La inscripción de la transferencia se suspende hasta que, fijado el justiprecio, se haya verificado el pago o su consignación. En otros términos, la expropiación no puede entenderse «consumada» hasta que hayan tenido lugar dos requisitos: el pago y la ocupación. Porque, si ambos no concurren, no puede operarse la transferencia forzosa de los bienes o derechos expropiados, con plenitud de efectos jurídicos reales, por el imperativo constitucional de que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino... mediante la correspondiente indemnización».

En el procedimiento ordinario no se plantea problema porque pago y ocupación son prácticamente simultáneos (artículo 53 Ley de Expro-

piación Forzosa). En el procedimiento de urgencia se anticipa la ocupación, pero ello no significa que se trate de una «confiscación» o de una «requisita», sino tan solo de una anticipación de los efectos del pago que, previsiblemente, se ha de producir en un momento posterior inmediato con efectos retroactivos. De tal manera que si el pago no llega a producirse, la ocupación pierde toda su eficacia, en cuanto título real, y se convierte en un puro hecho posesorio.

En los casos de urgente ocupación, aunque haya tenido lugar la efectiva ocupación de los bienes o derechos expropiados, hasta que no se hace efectivo el pago del justo precio, ni puede hablarse de transferencia forzosa de la titularidad dominical, ni de expropiación plenamente consumada. El expropiado queda en una situación análoga a quien ha vendido con precio aplazado. Así las cosas, el pago del justiprecio es «algo más» que un puro «crédito de resarcimiento», de tal suerte que el crédito tendente a exigir su pago está en relación directa, preferente y objetiva sobre el bien expropiado, por ser un presupuesto esencial de validez del negocio jurídico-expropiatorio, de tal suerte que si no se satisface regularmente provoca la nulidad radical del negocio mismo. Dicho algo más, equipara la posición del expropiado con el titular de un crédito derivado de una compraventa con precio aplazado, previsto en el artículo 90.1.4.º de la Ley Concursal. Y dicho «algo más» que califica al crédito del expropiado justifica su calificación como privilegio general conforme a los artículos 89 y 91 de la Ley Concursal. Más cuando, caso de producirse la asunción por el Estado –bien por reversión de la concesión, bien por otras causas– de la finca objeto de expropiación, sin haberse pagado el correspondiente justiprecio, nacería automáticamente la obligación de resarcir al propietario por su importe en virtud de la interdicción del enriquecimiento injusto que acoge nuestro ordenamiento jurídico como principio especial. La generación de dicho derecho a ser resarcido a título de enriquecimiento injusto frente al Estado evidencia que hay un derecho *propter rem* en el expropiado respecto de los bienes de los que se ha visto privado que es calificable de privilegiado conforme a la Ley Concursal.

Por todo ello, la falta de configuración de los créditos dimanantes de indemnizaciones por justiprecio –principal– como créditos ordinarios evidencia un palmario defecto de la Ley Concursal, que se compadece mal con el resto del ordenamiento jurídico aplicable; en especial, el administrativo.

La segunda de las cuestiones suscitadas hace referencia a las cantidades adeudadas por las concursadas en concepto de intereses. En estos casos los juzgados de lo mercantil, a instancia de los administradores concur-

sales, están calificando los correspondientes créditos como subordinados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92.3.º de la Ley Concursal, que previene que tienen tal carácter «los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía».

Tal calificación es errónea porque no atiende a la verdadera naturaleza de los denominados «intereses» previstos en la Ley de Expropiación Forzosa. En efecto, con arreglo a esta disposición, los denominados intereses no tienen ni naturaleza moratoria ni penitencial, sino que poseen un carácter distinto, completamente distinto, a los previstos en el Código Civil y demás disposiciones legales. Conforme a la Ley de Expropiación Forzosa, los intereses contemplados en sus previsiones tiene el carácter de mecanismo de actualización de la cantidad debida, de tal suerte que participen de la naturaleza de la deuda principal –el justiprecio–. Frente a otros mecanismos de actualización previstos en la legislación administrativa –el caso de la actualización mediante el IPC contemplado en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para el caso de indemnizaciones de responsabilidad patrimonial, o de la revisión de precios, en el caso de los contratos previsto en los artículos 89 a 94 de la Ley de Contratos del Sector Público–, la Ley de Expropiación Forzosa utiliza el mecanismo de actualización de los intereses que, vistos desde la perspectiva indicada, nada tienen que ver con los prevenidos en el artículo 92.3.º de la Ley Concursal –de índole moratoria y penalizadora–.

En efecto, en el específico ámbito de la expropiación forzosa, el mecanismo de estabilización tiene perfiles propios. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Expropiación Forzosa, las tasaciones de los bienes expropiados se deben efectuar con arreglo al valor que tengan al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro. El pago del justiprecio debe abonarse en el plazo máximo de seis meses.

Si transcurren más de seis meses desde la iniciación del expediente expropiatorio sin haberse determinado por resolución definitiva el justiprecio de las cosas o derechos, la administración expropiante está obligada a abonar al expropiado una indemnización que consiste en el interés legal del justo precio hasta el momento en que se haya determinado y que se determinará con efectos retroactivos, una vez que el justiprecio haya sido efectuado, según previene el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa. Esos intereses son el mecanismo actualizador del justiprecio. Su devengo es un crédito accesorio de la indemnización principal y su pago una

obligación legal que pesa sobre las Administraciones Públicas conforme al artículo 1108 del Código Civil, sin que sea precisa reclamación alguna para que nazca. Su naturaleza estabilizadora hace que no se requiera demostrar la existencia de ningún daño a consecuencia del retraso en la fijación del justiprecio. Se devengan por el mero hecho del transcurso del plazo establecido por la Ley. Al no tener naturaleza indemnizatoria sino estabilizadora, su importe está determinado objetivamente por la Ley y su plazo de prescripción es el de cuatro años. El *dies a quo* para el cómputo del plazo de los seis meses no es la fecha de abrirse el expediente específico de justiprecio, sino el día en que comenzó el procedimiento expropiatorio; esto es, la del acuerdo de necesidad de ocupación. El *dies ad quem*, aquel en el que el Jurado de Expropiación Forzosa fijó definitivamente el justiprecio en vía administrativa.

En todo caso, el abono de los intereses por el período de tiempo en que el expediente estuvo en el Jurado de Expropiación Forzosa para la fijación del justiprecio corre a cargo del beneficiario que, durante dicho tiempo, dispuso simultáneamente del bien expropiado y del dinero correspondiente a su precio.

Los intereses estabilizadores analizados son distintos de los moratorios previstos en el artículo 57 de la ley expropiatoria. Y es que, conforme a este precepto, transcurridos seis meses desde la determinación del justiprecio sin haberse abonado, se devenga el interés legal en favor del expropiado hasta que se proceda a su pago. Los intereses que encuentran su fundamento en este artículo 57 deben computarse sobre las cuantías finalmente establecidas y se siguen devengando hasta que se proceda a su abono. El devengo de estos intereses requiere de intimación y solo produce efecto desde entonces. Esta exigencia evidencia su distinto carácter respecto a los intereses estabilizadores previstos en el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa.

En definitiva, los intereses de la Ley de Expropiación Forzosa forman parte del justiprecio y, por ende, merecen la misma calificación que este a la hora de su reconocimiento como créditos frente a la concursada.