

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

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

SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal: Expropiación forzosa y concurso de acreedores del beneficiario

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

Con ocasión de su labor consultiva, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar diversas modificaciones contractuales, poniéndose de manifiesto los diferentes regímenes aplicables en esta materia según la fecha de adjudicación o formalización de los contratos.

En efecto, conforme a una reiterada opinión del Cuerpo Consultivo, los contratos se rigen por las normas vigentes al momento de su adjudicación —en el caso de los contratos adjudicados con anterioridad a 9 de septiembre de 2010— o al momento de su formalización —en el caso de los contratos celebrados con posterioridad a dicha fecha—, salvo que expresamente se prevea otra cosa en las normas las sustituyan. Todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.6 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de 30 de octubre, que da nueva redacción a su artículo 27.

Este criterio se compadece, por lo demás, adecuadamente con las previsiones contenidas en las disposiciones transitorias del Código Civil y, en

especial, con la segunda, que dispone que «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y sean válidos con arreglo a ella, surtirán sus efectos según la misma».

La modificación de los contratos administrativos ha evolucionado notablemente en nuestra legislación reguladora de los contratos administrativos.

La posibilidad de modificar los contratos administrativos por parte de la Administración estaba reconocida en los artículos 18 y 48 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, dentro de los límites establecidos en la propia Ley y su Reglamento. La Ley no señalaba límite alguno en cuanto al alcance objetivo de la modificación; no la circunscribía a reformas menores o de poca monta. Lo único que requería era que se hiciera por razones de interés público y que mediara la anuencia del contratista cuando se rebasara, en más o en menos, determinado porcentaje del precio inicial, que se fijaba en el 20%.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas contempló con carácter general la posibilidad de modificar los contratos administrativos. En tal sentido, el artículo 102.1 preveía que «Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación podrá introducir modificaciones por razón del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente».

Por su parte —y para el contrato de gestión de servicios públicos—, el artículo 164 disponía que «1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que hayan de ser abonadas por los usuarios. 2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación».

También el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio —de aplicación a los contratos adjudicados con posterioridad a su entrada el 22 de junio de 2000—, contemplaba entre las prerrogativas de la Administración la de modificar los contratos, por razón de interés público, siempre que la modificación viniera precisa por necesidades nuevas o causas imprevistas (arts. 59 y 101). Respecto de los contratos de gestión de servicio público, el texto refundido reproducía las previsiones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

Con arreglo a las normas citadas, la modificación de los contratos podía imponerse unilateralmente por la Administración siempre que no com-

portara una variación, en más o en menos, del 20% de la cuantía del contrato. Si se superaba dicho umbral, la modificación no era obligatoria para el contratista, quien no estaba constreñido a aceptarla y, en consecuencia, podía entonces desligarse del contrato.

Con ocasión de la interpretación de los preceptos de las disposiciones legales citadas, se conformó una perfilada doctrina que reconocía a la Administración la facultad de modificación contractual como una prerrogativa singular y privilegiada (dictamen del Consejo de Estado 1598/2002, de 31 de octubre). Exigía primordialmente la concurrencia de un interés público (dictamen del Consejo de Estado 55586, de 10 de enero de 1991), en cuya apreciación la Administración tenía un amplio margen de discrecionalidad.

La potestad de modificación de los contratos tenía ciertos límites: unos, formales, requerían el consentimiento del contratista cuando superaba el 20% de la cuantía del contrato y, eventualmente, la intervención del órgano consultivo correspondiente y, otros, materiales. Estos fueron establecidos por la doctrina administrativa que afirmó que el límite del *ius variandi* estaba en aquellos casos en los que la modificación era de tal magnitud que implicaba un nuevo contrato (dictamen del Consejo de Estado 50461, de 12 de noviembre de 1987) o comportaba en realidad un contrato distinto o un proyecto nuevo (dictámenes del Consejo de Estado 51698, de 25 de febrero de 1998, y 4350/1997, de 6 de noviembre).

En relación con el límite material del *ius variandi*, debe señalarse que la legislación no establecía límite cuantitativo alguno para apreciar la concurrencia de una modificación sustancial que comportara la obligación de licitar nuevamente por parte de la Administración. No constituía límite el 20%, puesto que dicho montante tenía relevancia a los efectos de la obligatoriedad de su ejecución por parte del contratista. Así fueron numerosas las modificaciones que superaron con creces el 50% del importe del contrato o incluso el 100%. Los abusos cometidos en este sentido provocaron que, a partir de un momento determinado, la doctrina administrativa considerara que se superaba el límite de lo admisible cuando la modificación comportaba una variación en más del 50% del importe del contrato y, posteriormente, dicho porcentaje se redujo al 30%. Pero —hay que resaltarlo— tales porcentajes no tuvieron nunca reflejo legal. Fueron fruto del parecer de los órganos administrativos.

La concurrencia de «necesidades nuevas o causas imprevistas» no precisaba que estas fueran inherentes al contrato, sino que podían ser externas a él, debidas a acontecimientos extraños a la relación contractual. Y, respecto del interés público, se consideró que cabía apreciarlo cuando la mo-

dificación comportaba alguna ventaja o concurría alguna necesidad para la Administración pública.

La LCSP, en su artículo 202, dispuso que «una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato».

Añadía el precepto que «no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b y 158.b)».

Por último, el precepto preveía que «la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual».

La redacción anterior estuvo vigente desde diciembre de 2007 hasta la promulgación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la regulación de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea y la postura manifestada por la Comisión Europea sobre las modificaciones no previstas en los documentos de licitación. En concreto, hasta el 6 de marzo de 2011.

Por su parte, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, introdujo una nueva regulación en la materia, incluyendo los artículos 92 bis, 92 ter y 92 quáter en la Ley 30/2007, de 20 de octubre. La nueva regulación —mucho más rigurosa y estricta que la anterior— era solo de aplicación a los contratos celebrados a partir del 6 de marzo de 2011.

El primero de los preceptos mencionados establecía que:

«1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público solo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a

la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)».

Además, la Ley distinguía entre modificaciones previstas en la documentación reguladora de la licitación (art. 92 ter) y modificaciones no previstas en la documentación reguladora de la licitación (art. 92 quáter) y disciplinaba el procedimiento (art. 92 quinquies) de aprobación de la modificación.

Las modificaciones solo eran obligatorias para el contratista cuando, por separado o conjuntamente con todas las habidas, no se superara el 10% de la cuantía del contrato.

La regulación recogida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, se incorporó posteriormente, de manera íntegra, al texto refundido de la LCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Esta regulación resulta aplicable solo a los contratos celebrados con posterioridad al 16 de diciembre de 2011 (arts. 105 y ss.).

Así las cosas, durante el año 2011, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de enfrentarse con diversas modificaciones contractuales que tenían por objeto introducir variaciones en el objeto y en el precio a fin de dar cumplimiento a las exigencias legales sobrevenidas que obligan a reducir el gasto público de las distintas Administraciones Públicas.

La respuesta a la cuestión planteada ha venido modulada por la legislación expuesta aplicable en atención a la fecha de adjudicación o de formalización de los correspondientes contratos.

En todo caso, el Consejo de Estado ha declarado que la necesidad de reducir el gasto público es una exigencia legal derivada de lo dispuesto en las sucesivas normas aprobadas —Ley de Presupuestos, Reales Decretos Leyes que establecen medidas de reducción del gasto público—, de tal suerte que, en los actos encaminados a hacerla efectiva —entre los que se cuenta la reducción del precio de los contratos—, debe apreciarse de

forma palmaria la concurrencia de un interés público, a los efectos de la legislación de contratos públicos. Por otra parte, la obligación de dar cumplimiento a dichas exigencias legales constituyen causas sobrevenidas, no contempladas al momento de celebrarse, de tal suerte que son calificables de imprevistas a los efectos del artículo 202 de la LCSP.

La mayor dificultad se ha planteado, sin embargo, a la hora de delimitar el concepto de «condiciones esenciales». En efecto, el artículo 202.1 de la LCSP previene que únicamente se pueden introducir modificaciones por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificadas debidamente en el expediente, que no afecten a las condiciones esenciales del contrato. Por su parte, el párrafo segundo del mismo apartado, como se ha señalado, establece que «no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de las prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en la sentencia recaída en el asunto C—496/99 P—, la Comisión Europea —en su comunicación interpretativa de 5 de febrero de 2008— y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa —en su informe 43/08, de 28 de julio— han hecho hincapié en entender como esenciales aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente. El Tribunal de Justicia, en la sentencia antes citada, ha incluido en estas últimas las relativas a las «modalidades de pago de los productos que han de suministrarse». Por su parte, la Comisión Europea —también en la comunicación interpretativa mencionada— ha considerado como tal los cambios relevantes en el «objeto de los trabajos o de los servicios a prestar por el adjudicatario o el canon impuesto a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario». Y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha resaltado la necesidad de conformar el concepto en atención a las circunstancias concretas de cada caso.

La fórmula de que hay afectación a las condiciones esenciales cuando se trate de modificación de estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego, hubieran permitido a los licitadores

presentar una oferta sustancialmente diferente es lo suficientemente imprecisa para no proporcionar al operador jurídico un criterio claro y cierto a la hora de interpretar y aplicar el mencionado artículo 202 de la LCSP. Porque, en puridad, es harto difícil saber cuándo se dan circunstancias que hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta diferente y cuándo esta es calificable de diferente.

En su labor consultiva, el Consejo de Estado ha considerado que la noción de «condición esencial» a los efectos del artículo 202 de la LCSP es un concepto jurídico indeterminado que, si bien a la hora de su determinación y alcance exige la ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, tiene un núcleo que permite objetivarlo y, por consiguiente, facilitar unas pautas interpretativas a la Administración contratante.

La objetivación del concepto ha de hacerse de tal manera que pueda verificarse de forma clara y precisa cuando los elementos esenciales del contrato se ven alterados con la modificación. Ello ocurre, cualitativamente, bien cuando se varía la índole de la prestación del contrato, bien cuando se alteran otros elementos configuradores, como la modalidad del precio o el canon que han de pagar los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario.

Y hay también afectación a las condiciones esenciales, cuantitativamente, cuando se modifican las magnitudes de objeto o del precio del contrato. Ahora bien, no cualquier alteración de dichas magnitudes es una modificación sustancial. Para merecer tal calificación debe ser especialmente relevante. Y, ante la falta de una determinación general y cierta en la LCSP, un criterio interpretativo para determinar dicha relevancia puede encontrarse en su artículo 221, que se refiere al 30% del objeto —para un determinado tipo de contratos—. En consecuencia, toda modificación que supere dicho montante ha de considerarse, en principio, sustancial.

II. DOCTRINA LEGAL: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y CONCURSO DE ACREEDORES DEL BENEFICIARIO

1. EXPROPIACIÓN FORZOSA Y CONCURSO DE ACREEDORES DEL BENEFICIARIO

I. El Consejo de Estado emite su dictamen en relación con la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por los reclamantes, expropiados acreedores de un justiprecio fijado en vía judicial, ante la declaración de concurso de la beneficiaria de

la expropiación. El dictamen se ha recabado con invocación del artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

II. Es doctrina reiterada de este Cuerpo Consultivo que no procede encauzar las peticiones de indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando el hecho causante y el correspondiente resarcimiento tienen una vía procedimental específica prevista en el ordenamiento jurídico. En nuestro Derecho el instituto de la responsabilidad objetiva de la Administración no es un mecanismo de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria, sino que constituye una vía de resarcimiento solo utilizable cuando no hay otra de índole singular y específica —entre las que se cuenta la vía expropiatoria—.

La expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial no constituyen técnicas intercambiables en nuestro ordenamiento jurídico. Antes al contrario, se trata de instituciones distintas. Como se ha señalado reiteradamente, las diferencias entre ambas son sustanciales y tienen un fundamento constitucional distinto. La expropiación consiste en una privación singular, acordada imperativamente por la Administración, de derechos e intereses patrimoniales de los particulares que encuentra su fundamento en el interés general, previamente concretado en la concurrencia declarada de una utilidad pública o interés social. La expropiación forzosa excluye la idea de antijuridicidad en el actuar administrativo que priva o menoscaba los derechos de los particulares afectados. Es más, la expropiación forzosa es el resultado del ejercicio de un poder jurídico abstracto y genérico (potestad) atribuido a la Administración pública con la específica finalidad de privar de derechos e intereses particulares en aras de satisfacer otro general considerado prevalente. Constituye un *iubere iussum*. En correlación con dicho poder de la Administración, el expropiado se encuentra en una situación de sujeción que tiene el deber de soportar.

Por el contrario, el instituto de la responsabilidad patrimonial es un mecanismo de garantía del administrado frente a las Administraciones públicas a fin de asegurar la compensación de los daños (perjuicio injusto) que sufren a consecuencia del desenvolvimiento de los servicios públicos. La responsabilidad pivota primordialmente sobre la antijuridicidad de los daños sufridos —aun cuando puede estar muy debilitada en el caso de la denominada responsabilidad compensatoria, en la que un sujeto está lícitamente habilitado para inmiscuirse en la esfera ajena, para cometer una *inmixio* en derechos ajenos—. También es un elemento configurador esencial de la responsabilidad la imputación formal del perjuicio injusto inferido (relación de causalidad) a la Administración. Dicha imputación formal es precisamente la que diferencia a este instituto de los resarcimientos.

La responsabilidad patrimonial no se construye técnicamente sobre la noción de potestad —y su correlato, la sujeción— como la expropiación. Lo hace sobre el concepto de obligación. Esto es, sobre la modalidad de las situaciones de deber en que, en el seno de una relación jurídica, un sujeto —en este caso, la Administración— se encuentra constreñido a observar una conducta encaminada a satisfacer un interés ajeno —en este caso, del lesionado— que tiene reconocido legalmente el poder de exigir dicha satisfacción (*iubere licere*).

Como se ha señalado, ambos institutos tienen además diferentes fundamentos. La expropiación forzosa lo encuentra en el artículo 33.3 de la Constitución que previene que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”. La responsabilidad patrimonial, por su parte, lo hace en el artículo 106.2 que establece que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Y, en fin, ambas figuras tienen regulaciones legales distintas —cuyas cabeceras de grupos normativos son la Ley de 16 de diciembre de 1954, para la expropiación forzosa, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para la responsabilidad patrimonial—, objetos distintos —los derechos e intereses patrimoniales aquella y todos los bienes y derechos esta— y procedimientos también diferenciados.

III. En el caso sometido a consulta, los reclamantes pretenden que se les abone el justiprecio de la finca de su propiedad expropiada con ocasión de la ejecución de las obras de construcción de la autopista de peaje R-4 de Madrid a Ocaña-Toledo. Con tal finalidad han formulado una reclamación de responsabilidad patrimonial basada en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El justiprecio fue determinado mediante sentencia firme de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de junio de 2012.

Conforme con lo expuesto, la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración utilizada por los interesados no es la procedente para sustanciar su petición. Esta debe encauzarse a través de la vía específica —el procedimiento expropiatorio y, en su caso, por las normas reguladoras de la ejecución de sentencias recaídas en procesos contencioso-administrativos—. Como se señalara en el dictamen 928/2000, de 29 de junio, cualquier pretensión formulada por el expropiado en relación con el justiprecio, su liquidación y el de los intereses legales devengados, su

cálculo y la imputación de pagos debe ser dilucidada en el procedimiento expropiatorio específico y no a través del mecanismo de responsabilidad administrativa contemplado en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Criterio este, por lo demás, ratificado indirectamente por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013 al resolver un recurso de casación en interés de ley —discrepando de la doctrina señalada, entre otras, por la sentencia de 11 de febrero de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y del auto de 21 de enero de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que lo reconducían a la mencionada vía de la responsabilidad patrimonial—.

Por otra parte, la improcedencia de declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública resulta palmaria toda vez que la insolvencia del beneficiario de la expropiación no es consecuencia del funcionamiento de ningún servicio público, presupuesto para hacerlo conforme al artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Así las cosas, procede sin más desestimar la reclamación sometida a consulta.

IV. Este Consejo de Estado no puede dejar de formular algunas consideraciones generales sobre la cuestión suscitada en el presente expediente y que deriva del hecho de que la concesionaria de la autopista haya sido declarada en situación de concurso de acreedores.

El pago del justiprecio reconocido en la sentencia dictada y su ejecución aparece afectada por mencionada situación de concurso. El artículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, impide iniciar actuaciones de ejecución una vez declarado dicho concurso, quedando en suspenso las incoadas. A partir de entonces, la efectividad de la sentencia dictada por el orden contencioso-administrativo depende de lo decidido por el juez del concurso, dado que el 53.1 de la Ley Concursal establece que “las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda”.

Sentado que la vía procedimental adecuada para sustanciar las reclamaciones de pago de los justiprecios no es la de la responsabilidad patrimonial, sino la propia expropiatoria, cabe entonces plantearse si es posible imputar —y en su caso en qué condiciones— a la Administración la obligación de abonarlos, no a título de responsabilidad extracontractual, sino con base en las reglas del propio instituto expropiatorio. Ello exige examinar sumariamente la configuración constitucional de la expropiación y las posiciones de la Administración y del beneficiario en el caso de que no sea una Administración pública.

V. Los sujetos que pueden confluir con ocasión del ejercicio de la potestad expropiatoria son tres, a saber: el expropiante, el expropiado y el beneficiario.

El sujeto expropiante o titular de la potestad expropiatoria es la Administración en cualquiera de sus expresiones territoriales. El expropiado, cualidad *ob rem*, es la persona sujeta a soportar el ejercicio de la mencionada potestad sobre cuyos derechos recae la expropiación. Y, en fin, el beneficiario es el adquirente inmediato de la transmisión forzosa que se efectúa o el que se beneficia de otro modo del contenido del acto expropiatorio cuando este no se concreta en una transmisión de propiedad pura y simple.

El artículo 3.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, dispone que “se entiende [...] por beneficiario, el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria, y que adquiere el bien o derecho expropiados”. La figura del beneficiario solventa las dificultades técnicas de la expropiación a favor de los particulares —subyacente de manera frecuente en el caso del interés social—. Evita articular un doble mecanismo de cesión del bien, primero, a favor de la Administración expropiante y, después, a favor del beneficiario final. Este asume el papel de adquirente inmediato y pleno de los bienes, salvo en determinados casos en que pasan directamente a formar parte del dominio público. La consecuencia de su posición jurídica es que le corresponde, entre otras obligaciones, la de abonar el justiprecio, según previene expresamente el artículo 5.2.5.º del Reglamento de Expropiación Forzosa.

La concurrencia de un beneficiario en un procedimiento expropiatorio no comporta sin embargo ni la desaparición, ni el debilitamiento de la relación existente entre la Administración y el expropiado. Su existencia no debe empañar el hecho de que es la Administración la titular ejerciente de la potestad expropiatoria. A ella le corresponde decidir ejecutoriamente sobre la procedencia y extensión de las obligaciones del beneficiario respecto al expropiado. A ella le compete adoptar todas las resoluciones que impliquen el ejercicio de dicha potestad, según previene el artículo 4 del Reglamento de Expropiación Forzosa. Y, en fin, es ella quien debe fijar el montante del justiprecio a falta de acuerdo entre el beneficiario y el expropiado. Como dice la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013, “la Administración no es ajena al procedimiento expropiatorio por el hecho de existir un beneficiario, muy al contrario, sigue siendo titular de la potestad expropiatoria, conserva el control del procedimiento y de las decisiones más relevantes que en el mismo han de

producirse y en modo alguno puede desentenderse del cumplimiento del presupuesto —que no solo obligación— esencial de la expropiación como es el pago”.

VI. La presencia de la Administración en la relación expropiatoria, aun cuando se establezca a favor de un beneficiario, es por lo demás consecuencia obligada del artículo 33.3 de la Constitución. En efecto, este precepto dispone que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”.

El Tribunal Constitucional ha declarado que “la expropiación forzosa, además de ser un instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social” (sentencia núm. 166/1986, de 19 de diciembre), constituye “al tiempo una garantía constitucional del derecho de propiedad privada, en la medida en que con ella se asegura una justa compensación económica a quienes, por razón de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial” (sentencia núm. 37/1987, de 26 de marzo), exigiendo siempre que la privación del derecho se lleve a efecto con observancia y respeto de los “presupuestos y condiciones (específicamente, el abono de la ‘correspondiente indemnización’) que requiere la Constitución para el válido ejercicio de la potestad expropiatoria (art. 33.3)”. Conforme a esta doctrina, la indemnización o justiprecio no es consecuencia o efecto de la expropiación sino presupuesto de ella.

En consecuencia, para el válido ejercicio de la potestad expropiatoria —conforme al artículo 33.3 de la Constitución que consagra una garantía de la propiedad privada— debe concurrir como presupuesto el pago de la correspondiente indemnización o justiprecio. El crédito del expropiado frente al beneficiario de la expropiación adquiere así unos tintes singulares. No se trata de un simple crédito frente a un deudor. Es un crédito revestido de una característica propia y específica consistente en constituir una verdadera garantía constitucional. Los créditos pueden de ordinario dejar de satisfacerse. Su impago, sin embargo, no comporta la vulneración de preceptos constitucionales. Por contra, el impago de un crédito reconocido en concepto de justiprecio a un expropiado por la privación de sus bienes y derechos sí lo hace. Si el expropiado se ve materialmente despojado de sus titularidades, sin percibir la correspondiente indemnización, pasa a encontrarse en una situación calificable, sin violencia, de confiscación. Y esta situación es contraria al artículo 33.3 de la Constitución.

En este esquema, corresponde a la Administración, en cuanto titular de la potestad expropiatoria, impedir que se produzcan esas situaciones de confiscación. Le compete garantizar el cobro de las indemnizaciones correspondientes.

La cuestión aboca entonces así al examen de la posición de la Administración y de su contenido en el caso de que el concesionario no abone al expropiado la indemnización debida en concepto de justiprecio.

VII. Es unánime el criterio jurisprudencial y doctrinal —como se ha expuesto— que afirma que la Administración no permanece ajena a la relación expropiatoria aun en el caso de la concurrencia de un beneficiario —en el caso considerado en el expediente, un concesionario—. Procede examinar entonces si puede exigirse directamente el abono del justiprecio a la Administración en el caso de incumplimiento de su obligación de pago del justiprecio por el concesionario concursado cuando los bienes expropiados han entrado en el dominio de la Administración.

La ley no contempla en ningún caso una responsabilidad directa de la Administración en cuanto al pago de la indemnización expropiatoria. La regulación aplicable no dice que la Administración expropiante deba responder, ni en primer término, ni con carácter solidario, en el caso de que no lo haga el beneficiario. Antes al contrario, atribuye la responsabilidad del pago únicamente al beneficiario de la expropiación —condición que, en el caso consultado, ostenta la empresa concesionaria de la autopista—. Así se prevé en el artículo 5.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957 antes citado que dispone en su apartado quinto que corresponde como obligación al beneficiario “pagar o consignar, en su caso, la cantidad fijada como justo precio”. Por tanto, el responsable directo del pago de la indemnización expropiatoria es exclusivamente el beneficiario, conforme a las leyes.

El precepto citado se ve ratificado con rotundidad por el apartado 7 del artículo 271 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y, para el concreto caso de las autopistas, por el artículo 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

El artículo 271.7 mencionado —en su redacción dada por el artículo décimo del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte y otras medidas económicas—, previene que “si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo

de abonar las indemnizaciones a los expropiados, esta quedará subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo”.

Por su parte, el artículo 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo —en su redacción dada por el artículo décimo del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte y otras medidas económicas—, dispone que “en el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto. No obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, este quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponde en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Conforme con los preceptos citados, la responsabilidad del pago corresponde, por consiguiente, siempre y en primer término, al beneficiario de la expropiación. Ahora bien, como se ha señalado, la Administración no permanece ajena a la relación expropiatoria. Queda vinculada a ella en una posición de garante final del abono del justiprecio en tanto este deriva de una relación de derecho público que la tiene como uno de sus sujetos. Esta garantía es consecuencia, como se ha puesto de manifiesto antes, de la propia configuración constitucional de la expropiación forzosa, contenida en el artículo 33.3 de la Constitución.

La posición de la Administración como garante final del pago del justiprecio en el caso de incumplimiento de su obligación por parte del beneficiario no genera, sin embargo, a favor del expropiado, una acción para poder exigirle su abono de aquel en todo caso y manera. El artículo 33.3 de la Constitución no constituye, por sí, un título de imputación generador de responsabilidad exigible directamente a la Administración. No puede ignorarse que el citado artículo 33.3 de la Constitución contiene una remisión a la legalidad ordinaria, estableciendo que la expropiación forzosa únicamente podrá verificarse de acuerdo con determinadas garantías (entre ellas, la correspondiente indemnización) “de conformidad con lo dispues-

to por las leyes”. Por tanto, la Constitución garantiza expresamente a los expropiados el cobro del justiprecio en el marco de las leyes vigentes. Esta previsión no permite en consecuencia excluir la aplicación de los mecanismos ordinarios de cobro contemplados en la legislación aplicable —en el caso considerado, la legislación de expropiación forzosa y la concursal—.

La legislación aplicable no contempla, como ya se ha reseñado, otro responsable del cumplimiento de la obligación de pago del justiprecio distinto del beneficiario de la expropiación, incluso aun cuando este sea declarado en situación de concurso de acreedores.

Así las cosas, solo en defecto o insuficiencia de los mecanismos resarcitorios ordinarios establecidos por el ordenamiento jurídico, entraría en juego la garantía contenida en el artículo 33 de la Constitución que tiene como titular a la Administración. En otros términos —y para el supuesto a que se refiere la consulta—, solo en el caso de insuficiencia del mecanismo concursal, estaría la Administración obligada a abonar el justiprecio directamente al expropiado.

VIII. Antes de examinar la singular posición del expropiado en el concurso, debe señalarse que tampoco puede justificarse la pretensión de los expropiados de que la Administración abone directamente el importe de los justiprecios en una eventual consideración de esta ni como única beneficiaria ni como cobeneficiaria de la expropiación.

En el caso de las expropiaciones para la construcción de carreteras y autopistas en régimen de concesión, se ha sostenido unas veces que solo la Administración expropiante es beneficiaria y, en otras ocasiones, que la Administración y el concesionario son cobeneficiarios. En consecuencia, se ha dicho que, bien solo la primera está obligada al pago en el primer caso, bien ambos deben pagarlo solidariamente en el segundo supuesto.

Tales asertos se han fundado en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 16 de abril de 1957. Conforme con este precepto, el beneficiario de la expropiación es la persona que reúne, al tiempo, dos cualidades: de un lado, representa el interés público o social y, de otra parte, adquiere el bien o derecho. Pues bien, se ha hecho hincapié en que, en el caso de expropiaciones para la construcción de infraestructuras viarias, como es el consultado, la sociedad concesionaria no adquiere el bien o derecho expropiado. En otros términos, —se dice— esta sociedad no reúne los dos requisitos señalados para poder ser calificada como beneficiario. Se invoca el artículo 17.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que previene que los bienes expropiados pasan a ser directamente de dominio público —esto es, de titularidad de la Admi-

nistración expropiante—, al decir que “los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporarán al dominio público del Estado desde su ocupación y pago”. Por consiguiente, —se continúa— también la Administración está obligada al pago del justiprecio en un régimen de solidaridad con el beneficiario.

Sin embargo, tal argumentación no es correcta. En primer término, porque —aun cuando se considerara que el beneficiario y la Administración tienen la consideración de cobeneficiarios— la legislación aplicable solo impone la obligación de pagar el justiprecio al primero —sin contemplar ningún tipo de responsabilidad solidaria, que, no debe olvidarse, debe establecerse de manera expresa según el artículo 1137 del Código Civil—. Este hecho incuestionable no puede eludirse mediante artificios interpretativos. Y, en segundo lugar, porque, en las expropiaciones de carreteras —y pese a lo que parece deducirse *prima facie* del transcrito artículo 17.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo—, la incorporación de los terrenos expropiados al dominio público presenta perfiles singulares. La posición de la Administración y del beneficiario de la expropiación en estos casos no es reducible a un simple esquema en el que la primera es propietaria de los terrenos y la segunda, usuaria. Antes al contrario, en tanto dichos terrenos permanecen en el ámbito de disfrute del beneficiario, la situación existente se asemeja, *mutatis mutandis*, o participa de ciertos efectos reflejos análogos a la existente en las instituciones censales. Se da una división de facultades, atribuidas unas a la Administración y otras al beneficiario. El conjunto de esos poderes diferentes sobre la totalidad de la cosa recomponen la plenitud del dominio. El beneficiario no adquiere el pleno dominio de los bienes expropiados, pero no puede decirse que su posición sea la de un mero usuario. Antes al contrario, hace suyas determinadas facultades —de especial intensidad— que permiten incardinarlo sin violencia en el ámbito del concepto de beneficiario contenido en el artículo 31 del Reglamento de Expropiación Forzosa.

IX. Por otra parte, la posición de la Administración como garante final del pago del justiprecio no es asimilable a la del fiador del beneficiario en términos de derecho privado. Se trata de una posición singular, de perfiles específicos, derivada de una configuración constitucional concreta —que veda el despojo— y una relación jurídico-pública. Respecto de esta situación de garante, no cabe invocar su condición de fiadora —en términos jurídico-privados— para exigirle directamente el referido pago. Por tanto, no resulta aplicable a estos casos la regulación contenida en el Código Civil para la fianza. En especial, no pueden invocarse sus artículos 1822 y 1831. Sabido es que, por la fianza, se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero

en el caso de no hacerlo este (Código Civil, artículo 1822) y que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor (Código Civil, artículo 1830), previniendo el artículo 1831, 3º del mismo cuerpo legal que la excusión no tiene lugar “en el caso de quiebra o concurso del deudor”.

La singular naturaleza de la garantía derivada del artículo 33.3 de la Constitución y su carácter jurídico-público hace improcedente la invocación de la regulación civil del contrato de fianza y, en especial, la inaplicación del beneficio de excusión para pretender exigir el pago directamente de la Administración.

X. La inexistencia de una responsabilidad directa o solidaria de la Administración frente al expropiado para el caso de impago del justiprecio por haber sido declarada la concesionaria en concurso no comporta ni que aquel quede en una situación de desamparo, ni que se sitúe en una posición análoga a la de cualquier acreedor ordinario.

El ordenamiento jurídico —y en concreto la ley concursal— articula un mecanismo que pondera adecuadamente el hecho de que el beneficiario es el obligado a pagar el justiprecio y que el crédito de los expropiados está especialmente protegido por la garantía del artículo 33.3 de la Constitución.

La posición de los expropiados tiene perfiles singulares que la diferencian de la del resto de los acreedores de la concesionaria concursada. Dicha posición es consecuencia, en primer término, del hecho de que no establecieron relaciones económicas con la citada concesionaria de manera voluntaria, sino que se vieron constreñidos por la Administración pública a hacerlo a consecuencia de la expropiación forzosa llevada a cabo. En segundo lugar, son titulares de un crédito especialmente protegido, hasta tal punto que está constitucionalmente configurado como una garantía. Estas singularidades definidoras de los créditos de los expropiados tienen su reflejo en la regulación del concurso de acreedores mediante el otorgamiento de una especial protección por la vía de su calificación.

En efecto, los créditos de los expropiados son calificables como créditos con privilegio general a la hora de su clasificación en los términos establecidos en los artículos 89 y 91 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a resultas de su propia configuración constitucional.

El artículo 91.3º dispone que “son créditos con privilegio general: los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda

Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”.

En esta categoría, se incardinan, sin violencia, los créditos de los expropiados. Es palmario que tienen la consideración de créditos de derecho público, pues nacen directamente del ejercicio de una potestad pública, como es la expropiación forzosa, tras seguirse el correspondiente procedimiento administrativo para su fijación. La intervención de un beneficiario ni transforma o elimina el carácter jurídico público de la relación expropiatoria, ni excluye la intervención de la Administración pública expropiante —que se concreta, entre otras actuaciones, en la liquidación ejecutoria, el requerimiento de pago a la entidad beneficiaria e incluso en su exigencia mediante la vía de apremio—. El carácter público del crédito del expropiado se deduce también de la sentencia del Tribunal Constitucional 224/1983, de 1 de julio, que declaró inconstitucional la atribución de la valoración de los justiprecios a un orden constitucional distinto del contencioso-administrativo. En este pronunciamiento, se decía sobre la expropiación forzosa que “ninguna de las partes discute que se esté en presencia de un acto dictado por una Administración pública y sujeto al derecho administrativo: un acto administrativo en sentido estricto. Tal es, sin duda alguna, el que decide unilateralmente el justiprecio a pagar por la Administración que ejercita una potestad tan típicamente administrativa como la expropiatoria”.

Por otra parte, no es obstáculo para la calificación como crédito de derecho público el hecho de que su titular —el expropiado— sea, en la mayor parte de los casos, una persona jurídico-privada. La calificación de un crédito como de derecho público no requiere, con carácter general, que su titular sea una Administración pública. Tampoco lo exige el artículo 91 de la Ley Concursal, pues no menciona la condición del titular —se refiere a los créditos a secas—. Es más, no son infrecuentes en nuestro ordenamiento los casos de créditos de derecho público cuyos titulares son particulares (un gran número de prestaciones patrimoniales públicas). Estos créditos son calificados, a efectos concursales, como créditos con privilegio general sin violencia por los tribunales de justicia —es el caso de las cuotas de urbanización exigibles por las Juntas de Compensación o por los agentes urbanizadoras, según las sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 22 de junio de 2012 y de Valencia de 20 de febrero de 2007—.

Por otra parte, los créditos de los expropiados —en cuanto créditos de derecho público— no se ven afectados por las limitaciones previstas en el artículo 91.3º de la Ley Concursal. Estas tienen carácter subjetivo —para la Hacienda pública y la Seguridad Social—, pero no objetivo —para los

demás créditos de derecho público—, de tal suerte que la limitación del 50% allí establecida no les resulta de aplicación.

XI. La especial protección de los créditos de los expropiados por razón de sus justiprecios alcanza además a los intereses devengados por estos.

En efecto, la calificación de créditos con privilegio general se extiende a “intereses” previstos en la Ley de Expropiación Forzosa. Con arreglo a esta disposición, los denominados intereses no tienen ni naturaleza moratoria ni penitencial, sino que poseen un carácter 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 participan 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—, la Ley de Expropiación Forzosa utiliza el mecanismo de actualización de los intereses, que posee 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 transcurre este plazo 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, de índole estabilizadora, 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 (*dictámenes del Consejo de Estado 1263/1995, de 7 de marzo de 1996, y 293/1998, de 26 de febrero*).

Así las cosas, los intereses forman parte intrínseca del justiprecio y no pueden considerarse algo distinto del justiprecio en sí. Por ello, no les re-

sulta de aplicación el artículo 92.3º de la Ley Concursal que califica como créditos subordinados “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”.

XII. La protección especial de los créditos consistentes en justiprecios impagados por los concesionarios se articula en el concurso mediante su calificación como créditos con privilegio general. Esta previsión es acorde con la previsión constitucional que establece una garantía de cobro para el expropiado.

Así las cosas, para poder accionar frente a la Administración, los expropiados deben agotar el procedimiento concursal ordinario, en el que gozan de su posición ventajosa frente a los acreedores ordinarios. No obstante, si el mecanismo articulado legalmente resultare insuficiente para satisfacer los créditos que el concesionario debe pagar; si la Administración se hiciera cargo de la concesión a resultas de la resolución del contrato y, eventualmente, si se suscribiera un convenio que pudiera comportar una quita para los expropiados, pueden accionar directamente contra la Administración y al margen del procedimiento concursal. Dichas reclamaciones han de sustanciarse a través del procedimiento previsto para resolver las solicitudes de responsabilidad patrimonial.

XIII. Las consideraciones expuestas en los tres apartados anteriores son el resultado de interpretar las disposiciones de la Ley Concursal a la luz de la regulación administrativa. El Consejo no ignora que pueden ser ignoradas en la práctica por los Juzgados de lo Mercantil, habida cuenta las inercias existentes que llevan a orillar las interpretaciones en conexión (*“incivile es nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere”*). Por ello, debiera ponderarse la conveniencia de incorporar las correspondientes previsiones expresas en la Ley concursal —que va a ser reformada próximamente—, solventando eventuales problemas de interpretación y aplicación.

El Consejo considera en tal sentido que dicho cuerpo legal debería contemplar expresamente las singularidades de los titulares de concesiones de servicio público y las especialidades de determinados créditos de derecho público —como los de los expropiados— a fin de garantizar el funcionamiento de aquellos y la plena eficacia de estos.

XIV. Procede, finalmente, examinar la cuestión relativa al resarcimiento por parte de la Administración en los casos en que tenga que abonar a los expropiados los importes de los justiprecios en los casos de concurso de las concesionarias.

Como es conocido, diversos tribunales de justicia, bien mediante sentencias firmes, bien en incidentes de ejecución de procedimientos en los que se solventó el montante de los justiprecios (*v. gr.*: el auto de 21 de enero de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), han declarado la obligación de la Administración pública de abonarlos a los expropiados a título de responsabilidad patrimonial.

Además, como se ha señalado, la Administración puede verse en la tesitura de tener que abonar a los expropiados algunas cantidades en concepto de justiprecios impagados, bien porque se suscriban convenios con quita, bien porque se resuelvan los contratos concesionales.

En relación con una situación concursal, la resolución del contrato de concesión puede producirse en dos casos. En primer término, declarado el concurso, la Administración concedente puede acordarla discrecionalmente (Ley de Contratos del Sector Público, artículo 112.7). En segundo lugar, se produce indefectiblemente —la ley dice “originará siempre”— si se abre la fase de liquidación de la concesionaria en el procedimiento concursal.

Al resolverse el contrato y revertir la infraestructura a la Administración, esta debe liquidar —con cargo al importe del valor patrimonial de la inversión realizada para la ejecución de la obra (denominada vulgar e incorrectamente responsabilidad patrimonial de la Administración)— las deudas que la concesionaria tuviera con sus terceros financiadores, quedando el remanente —caso de existir— a favor de aquella.

El artículo 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión —en la redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte— y otras medidas económicas —y también el artículo 271 de la Ley de Contratos del Sector Público—, como se ha señalado antes, dispone que el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales para la ejecución del proyecto. Añade el precepto que “no obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, este quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Este precepto pretende —como señala el preámbulo del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero— “evitar que si el Estado se encuentra con este tipo de resoluciones judiciales (las que obligan a hacerse cargo del pago de los justiprecios), acabe asumiendo dos veces el pago de la expropiación, en beneficio del concesionario. De un lado paga al expropiado, obligado por la resolución judicial, y de otro entrega al concesionario el importe de la responsabilidad patrimonial. A tal fin, el precepto que se propone reconoce al Estado, como resultado del pago por cuenta de otro, el derecho a subrogarse en el crédito del expropiado frente al concesionario, procediéndose a minorar el importe de la responsabilidad patrimonial con la parte del crédito no reembolsada por la sociedad concesionaria, garantizándose la indemnidad del Estado frente a los incumplimientos de los concesionarios”.

La mal llamada responsabilidad patrimonial de la Administración —esto es, el valor patrimonial de la inversión realizada por la concesionaria— que tiene que abonar la Administración, entre otros casos, en los de resolución del contrato de concesión comprende, por lo general, el importe de lo pagado en su momento a los expropiados en concepto de justiprecio —deduciendo la cuota de amortización en función de los años conforme al plan económico-financiero—, las obras de construcción —también deduciendo la amortización o la dotación al fondo de reversión— y, en fin, los bienes inmuebles incorporados y necesarios para la explotación. Comprende, siempre o casi siempre —según los pliegos de otorgamiento—, el abono del importe efectivamente pagado por la concesionaria por los antedichos conceptos. Todo ello sin perjuicio de la existencia de límites, generales o particulares, del montante a pagar en los correspondientes pliegos de otorgamiento de las autopistas.

En el caso de que la Administración abone a los expropiados los justiprecios, sea cual sea el título por el que lo haga, tiene derecho a detracer en el momento de la liquidación de la concesión el montante de lo abonado.

Las previsiones contenidas en los artículos 271.7 de la Ley de Contratos del Sector Público y 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, son aplicables a los casos en que el pago se hace en cumplimiento de resolución judicial. Pero igual efecto se produce en el supuesto de que el abono se base en una resolución administrativa. La aplicación de las reglas generales lleva a ello.

En efecto, al ser el concesionario el obligado al pago de los justiprecios, lo abonado por la Administración a los expropiados en todos los casos —y no solo cuando lo es en virtud de una resolución judicial— debe reputarse pago hecho por tercero (Código Civil, artículo 1158).

El pago hecho por la Administración, bien extingue la obligación respecto del expropiado y hace nacer otra a cargo del mismo deudor —el concesionario— y a favor del pagador —la Administración— tendente a obtener el reembolso, bien no la extingue pero produce un cambio de acreedor, pasando a serlo la Administración pagadora (Código Civil, artículo 1210). En ambos casos, por aplicación de las reglas de la compensación (Código Civil, artículo 1195 y 1202 del Código Civil), la Administración está facultada para detraer el importe de lo pagado del montante que hubiera de satisfacer en concepto de indemnización del valor patrimonial de la inversión (“responsabilidad patrimonial de la Administración”).

XV. En síntesis, el Consejo de Estado considera que, en tanto no se produzca alguna de las situaciones descritas en los apartados anteriores de estas consideraciones (insolvencia definitiva del concesionario, extinción anticipada de la concesión, etc.), no cabe exigir directamente de la Administración el pago del justiprecio por parte de los expropiados, pues responsable exclusivo de su abono es únicamente el concesionario—beneficiario de la expropiación forzosa.

(Dictamen 1128/2013, de 17 de julio de 2014).

2. EXPROPIACIÓN FORZOSA Y TITULARIDAD DE LA FINCA

El artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa dispone tajantemente que “las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación”. A la vista de este precepto, resulta patente que, reconocida la condición de expropiado al propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación, el principal efecto que se produce es la obligatoriedad de que las actuaciones se entiendan con él y no con cualquier otro, constituyéndose como parte en el procedimiento y atribuyéndosele una serie de derechos y obligaciones que solo a él corresponden.

La obligatoriedad legal de entenderse con el titular del bien a expropiar es un requisito esencial del instituto ablatorio y se concreta en la necesidad de que el procedimiento establecido se observe escrupulosamente para evitar situaciones asimilables a la vía de hecho. En efecto, si las actuaciones expropiatorias no se entienden con el titular, la relación existente en este y el bien expropiado se vicia. De un parte, se priva al interesado de la posibilidad de hacer valer los derechos que legalmente le corresponden. Y, de otro lado, se corre el peligro de que quien no es titular pueda enriquecerse injustamente al percibir el justiprecio de un bien que no le corresponde.

La inobservancia de lo previsto en el artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, esto es, el seguirse el procedimiento expropiatorio “sin entenderse sus actuaciones” con quien ostenta la condición de expropiado en relación con un concreto bien, determina su nulidad, como viene afirmando la jurisprudencia desde la ya lejana sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1961. El tener por titular de los bienes a quien no lo es y el ignorar a quien lo es comporta una conculcación del procedimiento expropiatorio de tal entidad y relevancia que se asimila sin violencia a su inexistencia misma. En estos casos, puede decirse que, para el titular de los terrenos ignorado, no existe procedimiento expropiatorio —pues todo procedimiento tiene una doble proyección objetiva y subjetiva—, de tal suerte que debe apreciarse la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y consistente en haberse dictado el acto “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

En el caso sometido a consulta, está acreditado que la Administración actuante incurrió en el error —consecuencia de la similitud de apellidos— de considerar propietaria de la finca registral número 4000 —afectada por la expropiación de 378 metros cuadrados— a Doña M. Mohamed y no a Doña N. Mohamed y a sus hermanos. Y ello pese a que estos últimos habían aportado una copia de la escritura de compraventa de la mencionada finca, otorgada el 4 de julio de 1955, a favor de sus padres, Don Mohamed y Doña Fátima D., que se encontraba además debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. A consecuencia de dicho error, fue a Doña M. Mohamed a quien se requirió para que formulara la correspondiente hoja de aprecio en relación con la finca citada; a quien se notificó la practicada por la Ciudad Autónoma de Ceuta y, en fin, quien se alzó contra el fijado ante el Jurado de Expropiación Forzosa, haciendo valer en este órgano —y por creerla suya— sus pretensiones de indemnización en relación con una finca que no era de su propiedad. También a resultas de dicho error, la Administración actuante no se entendió con los legítimos propietarios del inmueble afectado —Doña N. Mohamed y sus hermanos—, quienes se vieron privados de la posibilidad de ejercer los derechos que la Ley de Expropiación Forzosa les reconoce.

Así las cosas y de acuerdo con lo expuesto antes, debe concluirse que, al no entenderse las actuaciones expropiatorias referidas a la finca 4000 del Registro de la Propiedad de Ceuta con sus legítimos propietarios, se prescindió total y absolutamente del procedimiento expropiatorio legalmente establecido respecto de los propietarios de la finca 4000 del Registro de la Propiedad de Ceuta, apreciándose en consecuencia la concurrencia de

la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el Decreto de la Consejera de Fomento de la Ciudad Autónoma de 1 de febrero de 2006 —solo en relación con la finca citada— y actuaciones posteriores encaminadas a fijar el justiprecio de los bienes afectados».

(Dictamen 112/2014, de 29 de mayo)