

LA INCIDENCIA DE LA CRISIS SOBRE LA FIGURA DEL PAGO DEL JUSTIPRECIO EXPROPIATORIO¹

Por Ernesto García-Trevijano Garnica

Letrado del Consejo de Estado español (excedente)

Codirector de GTA Villamagna Abogados

I.- La profunda crisis económica que padecemos en Europa desde hace años, con especial incidencia en España, está provocando una verdadera revolución en torno a determinadas figuras jurídicas. Categorías tradicionalmente asentadas, se ven ahora sometidas a una profunda revisión al ponerse de manifiesto su inconsistencia, al menos en algunos aspectos, cuando son sometidas a situaciones de estrés generadas por la crisis económica. Que el Derecho debe amoldarse a la realidad (y no a la inversa) es algo evidente, incluso en situaciones de anormalidad. Las categorías jurídicas no deben configurarse para dar respuesta exclusivamente en situaciones de normalidad, sino que deben ser también útiles ante circunstancias extraordinarias o de anormalidad.

En este sentido, se le debe exigir al legislador imaginación para prever y afrontar, en un análisis abstracto, situaciones posibles futuras, de manera que el Derecho esté en condiciones de poder dar respuesta ante tales situaciones. Ahora bien, la realidad supera la imaginación, como de hecho está ocurriendo en España debido a la crisis económica, donde están pasando cosas que eran difíciles de imaginar y que de hecho nadie había imaginado.

Por ejemplo, el fin de la denominada “burbuja inmobiliaria”, mucho más traumática de lo que era razonablemente esperable, está provocando desahucios masivos de viviendas ante la imposibilidad de que sus dueños puedan pagar sus préstamos hipotecarios, no sólo por el profundo desempleo existente, sino también porque la depreciación de las viviendas está siendo de tal intensidad, que el propietario de la vivienda observa perplejo que el principal del préstamo pendiente de amortizar supera en muchas ocasiones en varias veces el valor actualizado de la vivienda. Es decir, a valor actual, tiene que pagar varias veces el precio real del inmueble. Ello ha provocado que se encuentre actualmente en debate la utilización de la dación en pago (entrega de la vivienda al prestamista para saldar completamente la deuda, sin que opere en estos casos la responsabilidad universal del deudor con todo su patrimonio).

Es cierto que la dación en pago no constituye una figura jurídica novedosa, y de hecho bajo derecho español nada impide, sin necesidad de reformas, que por pacto entre prestamista y prestatario pueda limitarse la garantía del prestatario al inmueble, dejando al margen el resto del patrimonio del deudor. Lo que es novedoso es que se quiera aplicar con carácter retroactivo y de forma imperativa, es decir, alterando los pactos ya

¹Se trata del estudio publicado en la Revista Jurídica ThomsonReuters (Perú) n° 20 (13 de mayo de 2013).

suscritos entre particulares (bajo el principio de libertad de pactos) cuando se concertó el préstamo y su garantía hipotecaria.

Este problema constituye una clara manifestación de la tensión que en situaciones extraordinarias se produce entre la solución que reclaman quienes se encuentran injustamente ante situaciones límite como la descrita, y la necesidad de preservar la seguridad jurídica, para evitar que colapse el sistema de préstamos, ante las lógicas cautelas que adoptarían quienes tienen que prestar dinero, por ejemplo reduciendo drásticamente el montante financiable.

La imposición de moratorias en los desahucios o, en fin, la aprobación de normas expropiatorias (como ha hecho la Junta de Andalucía hace escasos días) ante la existencia de viviendas vacías, ofrecen una imagen suficientemente gráfica de cómo puede llegar a impactar una crisis económica en determinadas categorías jurídicas, pilares de nuestro sistema, como son la propiedad privada y el principio de libertad de pactos.

II.- En este contexto, en los últimos meses se está produciendo un fenómeno en el ámbito expropiatorio que es digno de tener en cuenta, y que consiste en determinar quién es el obligado a pagar el justiprecio al expropiado. Para comprender adecuadamente este debate hay que referirse brevemente a los sistemas concesional y expropiatorio españoles.

En efecto, es España, fundamentalmente a partir del año 2003, se produjo una verdadera revolución en la forma de ejecutar y explotar obras públicas. Aunque existían regulaciones sectoriales anteriores como la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, fue especialmente a partir de la Ley 13/2003 cuando se introdujo con carácter general un marco regulatorio que ofrecía suficiente certidumbre jurídica.

Una vez se consiguió romper el rechazo inicial habitual del estamento funcional a cambiar sus costumbres (todos sabemos que lo que más agrada a un funcionario es el precedente), comenzó a utilizarse masivamente la figura del contrato administrativo de concesión de obras públicas, mezcla entre el contrato de obras y el contrato de gestión de servicio público, en virtud del cual (con ciertas modulaciones atendiendo a los cambios que se han ido produciendo en su regulación) el adjudicatario del contrato asume la obligación de construir la obra pública para luego explotarla, obteniendo normalmente su retribución de dicha explotación.

Las Administraciones se percataron rápidamente de las ventajas de esta figura contractual, que les permitía (i) ejecutar importantes obras sin disponer de dinero, (ii) que no consolidara como deuda (porque se trasladaba al contratista el riesgo de construcción, así como el de demanda o disponibilidad, conforme exige Eurostat) y (iii) bajo el principio de libertad de pactos (que en el caso de los contratos administrativos se traduce en la práctica en que la Administración impone lo que quiere en el Pliego y el licitador o lo acepta o no participa), la Administración gozaba de un amplio margen

para diseñar el contrato, adaptándolo a las necesidades del caso, pudiendo introducir – como es lo habitual- mecanismos para controlar que la obra pública no solo se construye como corresponde, sino que también se explota adecuadamente, con estándares de calidad predeterminados, incluso introduciéndose instrumentos retributivos ligados a tales estándares (el denominado pago por disponibilidad).

Pues bien, muchas infraestructuras (nuevas o incluso la remoción de las ya existentes) se han ejecutado al amparo de esta figura contractual, y que en época de normalidad respondía adecuadamente. El problema surge cuando la demanda de tráfico se reduce drásticamente y, en consecuencia, la retribución esperada del concesionario con la que debe amortizar la inversión, soportar los gastos de explotación y obtener la TIR (tasa interna de rentabilidad) esperada, se reduce en la misma medida. Ello está provocando que muchas concesionarias hayan reclamado ante la Administración que se les reconozca la procedencia del reequilibrio económico-financiero de la concesión, entre otras razones, con fundamento en la doctrina del “riesgo imprevisible”, pues con independencia de cuál o cuáles sean las causas de la drástica reducción del tráfico, lo cierto es que dicha reducción se ha producido y es de tal magnitud que quienes reclaman el reequilibrio sostienen que constituye (i) una circunstancia extraordinaria sobrevenida, (ii) razonablemente imprevisible, (iii) que impacta sustancialmente en la economía del contrato y (iv) sin que existan en los contratos mecanismos para solventar tal situación extraordinaria. Estos son los requisitos exigidos por la jurisprudencia para poder apreciar la existencia de un caso de “riesgo imprevisible”, y con ello el derecho del concesionario a una compensación por parte de la Administración, al menos parcial puesto que no se reconoce en estos casos la compensación integral.

Lo cierto es que las Administraciones rechazan sistemáticamente este tipo de reclamaciones de reequilibrio, sin perjuicio de que, en su lugar, se hayan introducido mediante Ley determinadas medidas de reequilibrio, al menos a nivel de autopistas de titularidad estatal, lo que constituye una demostración clara de que el legislador es consciente de que existe algún grado de riesgo imprevisible, es decir, que la situación en la que se encuentran tales concesionarios no entra dentro del *alea* normal u ordinario que deriva del principio de riesgo y ventura al que con carácter general se somete el contratista en el marco de la ejecución del contrato.

Tales medidas legislativas de reequilibrio (por cierto, en parte adoptadas formalmente pero no materializadas con los correspondientes trasvases efectivos de fondos a las concesionarias de autopistas) han sido notoriamente insuficientes, lo que ha llevado a algo que hasta tiempo reciente era impensable: que muchas de las sociedades concesionarias de autopistas de peaje del Estado hayan solicitado y obtenido la declaración en concurso de acreedores. Y era razonablemente impensable que esto ocurriera porque, por un lado, tales sociedades concesionarias están participadas por grandes grupos constructores españoles, cuyo prestigio podría verse afectado en caso de declaración de concurso de acreedores aunque sea de una filial suya de objeto específico (explotación de una autopista concreta); por otro lado, tampoco era razonable pensar que la Administración del Estado tardara tanto tiempo en reaccionar, y cuando lo ha

hecho, ha sido con medidas que luego no implementa o descoordinadas, dando la impresión (aunque en realidad por desgracia es una certeza) de que le ha faltado una visión real y global del problema, de sus consecuencias y, por tanto, no ha abordado la cuestión antes de que ya fuera demasiado tarde (de hecho, actualmente se está barajando la posibilidad de que la Administración entre en el capital de las sociedades concesionarias en concurso; es decir, se está estudiando tras casi cinco años de crisis cuál debe ser la solución).

La declaración en situación de concurso de acreedores ni implica la extinción automática de los contratos administrativos en los que sea parte dicha sociedad ni, en consecuencia, afecta a la actividad que desarrolla, más allá de la intervención de su gestión, en los términos que proceda en cada caso, a través de la administración concursal y bajo la tutela del juez competente. Por tanto, siguen explotando las autopistas, si bien bajo la protección que les dispensa la Ley Concursal ante su situación de iliquidez (cuando no de mayor pasivo que activo).

III.- Entre las obligaciones que habitualmente asume el concesionario de autopistas en este tipo de contrato, se encuentra el pago del justiprecio a los expropiados, pues formalmente la sociedad concesionaria es la beneficiaria de la expropiación. En el sistema jurídico español se distingue entre expropiante (la Administración con potestad expropiatoria, que solo se reconoce a las Administraciones territoriales), el beneficiario (la persona que representa el interés público o social que justifica la expropiación y que asume la titularidad del bien expropiado y la obligación de pago del justiprecio; puede ser o no la Administración expropiante) y el expropiado (el titular de los bienes o derechos objeto de expropiación).

Pues bien, sin perjuicio de las peculiaridades que se producen en el caso de infraestructuras públicas de carreteras y a las que más adelante hago referencia, quiero destacar que las Administraciones españolas han tenido en muchas ocasiones la mala costumbre de incluir el justiprecio expropiatorio entre los criterios de valoración para decidir sobre la adjudicación de este tipo de contratos. Me explico.

Bajo el ya aludido principio de libertad de pactos, la Administración que convoca el procedimiento de licitación goza de un amplio margen para diseñar los Pliegos, también en lo que se refiere a la determinación de los criterios de valoración. En este contexto, en lugar de expropiar (pagando el justiprecio a los expropiados) y poner a disposición de quien resulte adjudicatario los terrenos en cuestión para que éste ejecute y explote la infraestructura, en ocasiones la Administración otorgaba puntuación al licitador que asumiera el riesgo de desviaciones al alza del justiprecio expropiatorio; cuanto más riesgo asumía, más puntuación se le otorgaba.

He de confesar que esta forma de proceder me ha causado perplejidad y de hecho la he criticado siempre que he podido, puesto que el “negocio” del adjudicatario no es, si se me permite, jugar a la “lotería”, sino asumir el riesgo de su actividad empresarial propia, como es construir y explotar. Es ahí donde debe situarse el riesgo y ventura que asume en el marco de la ejecución del contrato, y no las desviaciones al alza del

justiprecio que puedan producirse por decisiones judiciales futuras. No se olvide, y sobre ello vuelvo después, que la infraestructura de carreteras que se construye pasa automáticamente a ser de dominio público, lo que significa en el sistema jurídico español que su titular debe ser necesariamente una Administración pública, en este caso la titular de la infraestructura de que se trate, pues en nuestro sistema jurídico no caben bienes de dominio público de titularidad privada.

Es decir, se trata de un bien que queda *ab initio* en manos públicas, siendo así que lo lógico es que si se producen desviaciones al alza en el marco de su adquisición por expropiación, se socialice su coste asumiéndolo con cargo a los presupuestos de la Administración que los adquiere. Porque, además, ¿quién podría seriamente pensar que las sociedades concesionarias no iban a reclamar frente a la Administración el correspondiente reequilibrio en el caso de que las desviaciones al alza de los justiprecios hiciera insostenible la concesión?; ¿acaso es creíble que una sociedad concesionaria va a mantenerse en la explotación de una infraestructura durante decenios con pérdidas constantes?. Era previsible que si la Administración no accedía al reequilibrio y en términos adecuados, las sociedades concesionarias acabarían como están ahora, es decir, muchas de ellas en concurso de acreedores o próximas a ello.

La realidad ha demostrado que hacer asumir al contratista el riesgo de justiprecio no ha sido una buena idea, y es esperable que se aprenda adecuadamente la lección para no incurrir de nuevo en el mismo error. Las denominadas Radiales de Madrid (autopistas de peaje de nueva construcción de acceso a Madrid desde distintos puntos) son un claro ejemplo.

En efecto, en este contexto de asunción del riesgo de justiprecio expropiatorio, las sociedades concesionarias se han encontrado con multitud de sentencias en las que se condena al pago del justiprecio en un importe aproximadamente un 500 por 100 superior al estimado y reconocido inicialmente en sede administrativa. Si se tiene en cuenta que se expropiaron no solo los terrenos para ejecutar todas las Radiales sino también para construir la M-50 (infraestructura de circunvalación de Madrid), es fácil imaginar el impacto que ello ha supuesto y que es imposible que el Plan Económico Financiero aprobado en cada caso lo soporte. E insisto, como no es lógico que la sociedad concesionaria se quede quieta ante el panorama de seguir explotando muchas veces incluso con TIR negativa, surge entonces el problema.

Pero obsérvese que hasta ahora, en mi exposición, he enfocado la cuestión esencialmente desde la perspectiva de la sociedad concesionaria, que sin duda es víctima de la configuración impuesta por la Administración, pero no es ni la única víctima ni la que merece mayor protección. Porque cabría preguntarse ¿qué pasa con el expropiado?; ¿es asumible que el expropiado, porque la sociedad concesionaria entre en concurso de acreedores, deba soportar que no se le pague el justiprecio o que solo se le pague parte en el marco de dicho concurso?.

Desde luego el expropiado es el “convidado de piedra”, que observa incrédulo cómo se le despoja imperativamente de sus propiedades vía expropiatoria, que son adquiridas

por la Administración expropiante, pero con la “mala suerte” de que la sociedad concesionaria (beneficiaria formal de la expropiación y, por tanto, obligada al pago del justiprecio) elegida por la Administración en el marco de unas reglas de juego establecidas por dicha Administración, resulta ser finalmente insolvente.

Y como decía, hay aspectos que no se cuestionan en situaciones de normalidad, y de hecho hasta ahora, salvo casos aislados, no se había planteado frontalmente y con carácter general este problema. La profunda crisis que padecemos está provocando situaciones como la descrita, a las que sin duda el Derecho debe dar respuesta adecuada, incluso a través de la aplicación del Derecho por los jueces cuando no es posible regular normativamente y con carácter anticipado la solución al problema.

Pues bien, es evidente que apelando incluso al sentido común, la solución al problema descrito no pasa por que el expropiado deba soportar que se le despoje de sus bienes sin justiprecio, por mucho que formalmente se considere a la sociedad concesionaria en concurso como beneficiaria de la expropiación y, en consecuencia, como obligada directa al pago del justiprecio. Y es precisamente en esta línea en la que se han pronunciado diversas Sentencias dictadas recientemente en relación con la AP-41 (autopista Madrid-Toledo), así como Autos judiciales adoptados en el marco de las reclamaciones formuladas por expropiados en relación con las Radiales 3 y 4 de Madrid.

Para entender el alcance e importancia de estos pronunciamientos judiciales, debe tenerse presente que la defensa de la Administración expropiante se opuso a que ésta debiera asumir el pago del justiprecio de manera solidaria o subsidiaria, además de que en todo caso, en su opinión, solo procedería en el peor de los casos que respondiera una vez concluido el concurso de acreedores, conocido con ello el remanente pendiente de pago al expropiado y previa la tramitación de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, que debería iniciarse entonces *ex novo*, y en caso de no estimarse la reclamación en vía administrativa, habría de iniciarse un nuevo proceso judicial.

Esta posición era y es defendida en el seno de los procesos judiciales para la fijación del justiprecio o los incidentes de ejecución de sentencias ya dictadas, es decir, tras varios años de tramitación. Y de haberse acogido la postura de la defensa de la Administración expropiante (lo que no se ha producido hasta la fecha), habría significado condenar al expropiado a tener que esperar varios años más hasta que concluyera el concurso de acreedores de la correspondiente sociedad concesionaria (concursos en sí mismos complejos), para después iniciar una reclamación de responsabilidad patrimonial, que normalmente se desestimaría (de forma expresa o por silencio administrativo negativo) y obligaría al expropiado a un nuevo calvario de varios años de proceso judicial.

IV.-Pues bien, para defender la responsabilidad de la Administración expropiante frente al expropiado en caso de impago del justiprecio por el beneficiario de la expropiación, puede apelarse a diversos argumentos, a los que a continuación me refiero. No obstante, he de advertir que los pronunciamientos judiciales a los que aludo se han producido en

relación con expropiaciones para la construcción de infraestructuras de carreteras (que pasan a ser *ab initio* bienes de dominio público, como ya se ha dicho) y en las que la sociedad concesionaria (beneficiaria de la expropiación) se encuentra en concurso de acreedores. El futuro dirá si esta doctrina se expande más allá del ámbito concreto en el que ha surgido, y que en mi opinión no sería irrazonable.

- Sobre la posición como “co-beneficiarios” de la sociedad concesionaria y de la Administración expropiante.

Me he referido hasta ahora en mi exposición a la sociedad concesionaria como “beneficiaria” de la expropiación. Y formalmente esa es la posición que adopta. Ahora bien, en este tipo de expropiaciones para la construcción de carreteras, con rigor no existe un “beneficiario” en sentido estricto, sino que existen dos “co-beneficiarios”.

En efecto, conforme dispone el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, el “beneficiario” de la expropiación es la persona que reúne, de manera acumulativa, las dos características siguientes: (i) representa el interés público o social y (ii) adquiere el bien o derecho expropiado². Sin embargo, en el caso de expropiaciones para la construcción de infraestructuras de carreteras, como es el caso, la sociedad concesionaria no adquiere el bien o derecho expropiado, es decir, no reúne los dos requisitos señalados para poder ser calificado con rigor como “beneficiario” de la expropiación.

En este sentido, a nivel de la regulación estatal (aunque a nivel autonómico y municipal la solución no es distinta), se dispone que los bienes expropiados pasan a ser de dominio público, es decir, propiedad de la Administración expropiante titular de la infraestructura viaria. Señala el artículo 21 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, que “*son de dominio público los terrenos ocupados por las carreteras estatales y sus elementos funcionales y una franja de terreno de ocho metros de anchura en autopistas, autovías y vías rápidas...*”. Y en el mismo sentido se expresa el artículo 17.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión: “*los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporarán al dominio público del Estado desde su ocupación y pago*”. Cuando se trata de expropiaciones urgentes, la transmisión de la propiedad con motivo de la expropiación se produce mediante la ocupación de la finca, siendo el pago del justiprecio un aspecto posterior a dicha transmisión.

Es decir, los bienes y derechos expropiados son desde su inicio propiedad de la Administración expropiante, al tratarse –en el caso de infraestructuras viarias del

²Señala el artículo 3.1 del citado Reglamento lo siguiente: “*1. A los efectos del presente Reglamento, se entiende por expropiante el titular de la potestad expropiatoria; 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 y por expropiado, al propietario o titular de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, o titular del derecho objeto de la expropiación.*” Y el artículo 5 del mismo Reglamento impone al beneficiario el pago del justiprecio.

Estado- de dominio público estatal *ex lege*, con sus características típicas, entre ellas su inalienabilidad.

Por tanto, es precisamente la Administración expropiante la que reúne al menos una de las notas que definen la condición de “beneficiario” de la expropiación. Como tuve ocasión de exponer hace años (“*Cambio de afectación de bienes expropiados*”, Revista de Administración Pública nº 107, 1985) al referirme a la citada Ley 8/1972, “*En realidad, el concesionario, en este caso, no es un beneficiario en sentido estricto. El art. 3 del REF, al definir la posición del beneficiario, establece la necesidad de que reúna dos requisitos para ser calificado como tal; el primero, que represente el interés público o social, y el segundo, que adquiera el bien o derecho expropiado. En cambio, el concesionario en este caso no reúne el segundo de los requisitos, pues la titularidad del derecho expropiado ha pasado ab initio al ente expropiante. En este sentido se expresa la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca de 10 de abril de 1975, confirmada por el Tribunal Supremo en 14 de junio de 1977, al afirmar que la no asunción de la titularidad sobre el bien expropiado excluye la calificación de beneficiario de la expropiación. El problema se complica si admitimos que el concesionario, aunque no ha adquirido la titularidad del derecho, sí que representa el <interés público social> que le legitima para instar de la Administración el ejercicio de la potestad expropiatoria. De esta forma la Administración expropiante, reuniría el segundo de los requisitos exigidos por el art. 3 del REF (la titularidad sobre el bien expropiado) pero no, en cambio, el primero, es decir, no representará el interés público o social en el procedimiento expropiatorio. De esta interpretación se obtiene una consecuencia: existen expropiaciones sin beneficiario en sentido estricto, pues no hay persona alguna que reúna los dos requisitos exigidos legalmente. Por ello, quizá en casos similares debería hablarse de <co-cuasibeneficiarios> en tanto en cuanto ninguno de ellos ostenta por sí solo la cualidad del beneficiario”*.

Esta realidad abunda en la tesis de que la Administración expropiante no puede pretender quedar al margen del pago del justiprecio, en particular cuando la sociedad concesionaria no puede hacer frente a dicho pago. Otra solución llevaría al absurdo de que la Administración expropiante (que también en algún aspecto, como se ha visto, asume la condición de beneficiaria) habría adquirido la propiedad de unos bienes y derechos sin que el expropiado (antiguo titular de tales bienes y derechos) perciba el justiprecio (o el justiprecio completo), y todo ello como resultado de la utilización instrumental de la sociedad concesionaria –a través del contrato concesional- por parte de la Administración expropiante.

- Interdicción de la confiscación.

Similar conclusión se alcanza si se atiende a la interdicción de la confiscación prevista en el artículo 33 de la Constitución española. Dispone el artículo 33.3 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 por lo dispuesto por las leyes*”. Atendiendo a la situación de insolvencia de la sociedad

concesionaria, que le impide hacer frente, total o parcialmente, al justiprecio, si se dejara a la Administración expropiante (propietaria *ab initio* de los bienes expropiados en este tipo de actuaciones) al margen del pago del justiprecio, desde la perspectiva de los expropiados se estaría materializando una confiscación total o parcial, pero ambas prohibidas por el art. 33 en sus apartados 1 y 3 de la Constitución española.

Como ha establecido el Tribunal Constitucional desde fecha temprana, “...*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, fundamento jurídico 13), 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 razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial (art. 33.3 de la Constitución)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987). Y en su Sentencia 301/1993, entre otras muchas, se refiere a la exigencia de que la privación del derecho se lleve a cabo “*con 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)”*”.*

Es decir, si no hay pago del justiprecio (por las razones que fueran) no existe –en palabras del Tribunal Constitucional- “*válido ejercicio de la potestad expropiatoria*”, lo que es contrario al artículo 33.3 de la Constitución, precepto que consagra una de las garantías más elementales en el marco de un sistema jurídico como el español, en el que se reconoce el derecho a la propiedad privada.

El problema trasciende, pues, de la mera existencia de un crédito del expropiado frente al beneficiario de la expropiación, para convertirse en una verdadera garantía constitucional. Puede no pagarse un crédito sin que por ello se vulnere la Constitución. Ahora bien, si a alguien se le despoja imperativamente de sus bienes y derechos sin abonarle el justiprecio, se vulnera el artículo 33 de la Constitución. No se trata, pues, del simple impago de un crédito. Y es indiferente las razones por las que se produzca el impago del justiprecio, dado que lo determinante es el resultado material en el que se encontraría el expropiado: sin bien y sin cobrar total o parcialmente el justiprecio, es decir, en una situación material de confiscación.

Es en esta línea en la que se sitúan las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y La Mancha dictadas en el marco de las expropiaciones para la construcción de la AP-41 (autopista Madrid-Toledo)³, en cuanto rechazan que el justiprecio expropiatorio pueda quedar sometido a los avatares del procedimiento concursal de la correspondiente sociedad concesionaria con sus quitas y esperas, o incluso tener que esperar al resultado del concurso para poder iniciar acciones frente a la Administración expropiante.

³Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha números 117/2013, de 11 de febrero, y 118/2013 y 119/2013, ambas de 12 de febrero.

Se afirma en la Sentencia del citado Tribunal 119/2013 que *“la situación de concurso de la Concesionaria no puede perjudicar al expropiado, y que el modo de actuar de la Administración en la realización de la infraestructura a través de la figura de un tercero, Concesionaria, no supone en realidad una modificación sustancial de obligaciones y derechos ni para la Administración ni para el expropiado, sin perjuicio de las consecuencias y efectos entre la Administración y la Concesionaria. Y que al no haber pagado, pese a ser requerida tanto una como otra, su conducta, de inactividad, se enmarca el artículo 29.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional, vulnerándose el artículo 33.3 de la Constitución Española (...) Por ello, y sin necesidad de mucho esfuerzo podría construirse una responsabilidad directa de la Administración expropiante mediante la aplicación del artículo 19 de la Ley 8/1972 y su análogo el artículo 198 de la Ley 30/2007. (...) La relevancia constitucional del derecho a la indemnización por la justa privación del derecho de propiedad conduce a calificar la indemnización o justiprecio no como un efecto derivado de la expropiación sino justamente como todo lo contrario, como un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria sin el cual no se puede adquirir la propiedad del bien (...) Es meridianamente clara la distinta naturaleza del derecho de los propietarios al cobro de los justiprecios, del que tienen otros acreedores de Autopista Madrid-Toledo, Concesionaria Española de Autopistas S.A. La diferencia básica entre unos y otros, es que el derecho de los primeros es un derecho constitucional, y su calificación en el Concurso como acreedores ordinarios o privilegiados es indiferente; tan es así, que los efectos del Concurso de acreedores no pueden afectar a este derecho reconocido en la Carta Magna: si para el resto de acreedores la declaración del concurso suspende el devengo de intereses conforme al artículo 59 de la Ley Concursal, y quedan afectados por lo que puedan acordar otros acreedores en un hipotético convenio, o termine el concurso en liquidación de la empresa (art. 123 y 124 de la Ley Concursal), para los expropiados no; éstos, en el caso de que tuvieran que esperar al desenlace del Concurso, en ningún caso verían mermado su derecho ni por el principal ni por los intereses devengados; por las reglas del concurso se privaría al propietario del derecho a los intereses que le pertenecen, previstos por la Ley de Expropiación Forzosa, enervándose de este modo lo que es una clara responsabilidad patrimonial del Estado por no pagar el precio a su debido tiempo; tampoco creemos que el concurso impidiese el ejercicio del derecho a la retasación transcurridos dos años sin pagar, ni que perjudicase al derecho de reversión por falta de ejecución de la obra o por desafectación al servicio público, consideraciones éstas que se apuntan como dudas razonables sobre el sometimiento del derecho de crédito del expropiado a las reglas del concurso, y que abocaría a los afectados a nuevas, costosas y largas reclamaciones por responsabilidad patrimonial para que el Estado, por esta vía o por la declaración de responsabilidad subsidiaria, hiciera frente a la diferencia. En todo caso, esta vía, que ni siquiera se niega abiertamente por la Abogacía del Estado, supondría de hecho la vulneración del artículo 33.3 de la CE”.*

En definitiva, la doctrina que establece la Sentencia es de una gran relevancia, y puede resumirse en que el crédito que tiene el expropiado es de naturaleza o garantía

constitucional y, en consecuencia, opera al margen de la legislación concursal, razón por la que no le resultarán de aplicación las limitaciones, prelaciones y demás previsiones contenidas en dicha normativa.

- ¿Responsabilidad solidaria o subsidiaria de la Administración?.

Pero llegados a este punto, y admitiendo que el justiprecio esté al margen de la legislación concursal, la realidad es que o se da un paso más y se reconoce la responsabilidad de la Administración expropiante, o todo queda en prácticamente nada. Dejar el justiprecio al margen del concurso de acreedores de la sociedad concesionaria sin ir acompañado de una declaración de responsabilidad de la Administración expropiante, podría ser a lo sumo equivalente a reconocer una prevalencia total al expropiado en el cobro del justiprecio frente a otros acreedores de la sociedad concesionaria concursada, lo que, con ser importante, sin embargo no solucionaría el problema cuando la sociedad concesionaria carece de bienes suficientes para hacer frente al justiprecio.

Hay, pues, que dar un paso más si verdaderamente quiere preservarse el derecho cualificado del expropiado, implicando a la Administración expropiante. Y este paso efectivamente lo dan las citadas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha números 117/2013, 118/2013 y 119/2013.

En este sentido, el artículo 4 del Reglamento de Expropiación Forzosa dispone que corresponde a la Administración expropiante *“decidir ejecutoriamente en cuanto a la procedencia y extensión de las obligaciones del beneficiario respecto al expropiado y adoptar todas las demás resoluciones que impliquen el ejercicio de dicha potestad”*, y el artículo 48.2 del mismo Reglamento señala que *“cuando la expropiación beneficia a organismos autónomos oficiales (...) como cuando la expropiación se haya realizado en beneficio de particulares o empresas privadas, la Administración expropiante, una vez firme el precio de la expropiación, se dirigirá a los beneficiarios, notificándoles el lugar y fecha en que habrán de realizar el pago”*.

Es decir, la legislación sobre expropiación forzosa no contempla un esquema en el que la Administración expropiante, tras utilizar su potestad expropiatoria para legitimar y permitir la ocupación del bien o derecho, se desentienda de los demás aspectos de la expropiación. Ahora bien, lo que la citada normativa no dice, expresamente al menos, es que la Administración expropiante deba responder en el caso de que no lo haga el beneficiario. Y este es el paso decidido que dan las citadas Sentencias, al calificar a la Administración expropiante como “garante” del beneficiario de la expropiación frente al expropiado.

Sostiene la mencionada Sentencia 119/2013 que *“...no debemos olvidar que es la Administración la que expropia y la que se queda con el bien expropiado; la Concesionaria es efectivamente un “vicario”, un mandado elegido por la Administración; y los propietarios expropiados ante el incumplimiento del mandado en el pago de los justiprecios, se dirigen al mandante, sin que éste pueda rehuir su*

obligación de pagar en defecto de aquél justificándolo al amparo de una situación concursal, que como hemos visto, cualquiera que sea su futuro, nulo efecto debe producir para los afectados, más allá del retraso evidente en el cobro del justiprecio. De lo dicho hasta aquí ya podemos concluir que el justiprecio no puede verse afectado por el concurso de acreedores, ni puede devenir ineficaz una vez determinado de modo firme de acuerdo con lo establecido por las Leyes, pues de hecho la Administración ha ocupado un bien sin pagar una vez fijado el precio por procedimiento legal, y la situación real y actual es que el propietario ni tiene el bien ni ha recibido la indemnización”. Añade en esta misma línea que la legislación concursal no está pensada para créditos de esta naturaleza, derivados de adquisiciones coactivas de la propiedad; “...por ello a la Administración le competía dar una respuesta a esta situación, satisfacer el justiprecio y reclamar a su "vicaria" lo que corresponda, como consecuencia de la relación de concesión administrativa o en el concurso de acreedores si se subroga. Los justiprecios firmes, en tanto devienen de actos administrativos igualmente firmes, deben ser ejecutados, y la evolución del concurso de acreedores no puede cambiar este destino por contrario al mandato constitucional. Y concluye formulándose una pregunta y respondiéndola en los siguientes términos: “¿Quiere esto decir, que siempre y en todo caso los expropiados podrían reclamar del Estado directamente el pago de los justiprecios cuando interviene la figura del Concesionario de Autopistas?. No llegamos a tanto; como antes dijimos, el primer obligado es la Concesionaria porque así lo establece la Ley (art. 17.2 de la 8/1972, 10 mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión); pero constatado que dicha Concesionaria no puede hacer frente al pago de los justiprecios, pues por este motivo se declaró en concurso voluntario, es decir, siendo notoria la insolvencia de esta mercantil, y es indiferente si la insolvencia es provisional o definitiva, debe ser la Administración expropiante la que asuma el pago del justiprecio para cumplir con el mandato constitucional, en calidad de responsable subsidiario, y sin perjuicio de los derechos que adquiera si paga por otro”.

En definitiva, las Sentencias mencionadas extraen de la legislación expropiatoria una conclusión hasta ahora inédita, al menos con carácter general, como es que jurídicamente la Administración expropiante es responsable subsidiario del beneficiario de la expropiación frente al expropiado. No dan el paso –y lo hacen conscientemente según reconocen- de considerar la existencia de una responsabilidad solidaria entre expropiante y beneficiario frente al expropiado, a la que quizá podían haber llegado apelando, por ejemplo, a la doctrina de la “comunidad jurídica de objetivos”⁴, como hace algún Auto judicial al que después me refiero.

Ahora bien, cuando el beneficiario (obligado principal) entra en concurso de acreedores (lo que se produce mediante el Auto judicial en el que así se le declara), la

⁴Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2000 (RJ 2000\9178), con cita de otras Sentencias, sostiene que “la doctrina jurisprudencial admite la doctrina de la solidaridad tácita, aplicable cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre ellos, con lo que se trata de facilitar y estimular la garantía de los perjudicados, descartándose únicamente cuando hay una mera casual identidad de fines o prestaciones”.

responsabilidad subsidiaria de la Administración “garante” se convierte, de facto, en solidaria, sin necesidad de esperar al desenlace del concurso. Es decir, el expropiado (acreedor) no tiene que esperar a que concluya el concurso de acreedores de la beneficiaria para poder dirigirse frente a la Administración expropiante por el remanente no cobrado, sino que puede dirigirse contra ésta desde el mismo momento en el que se produce la declaración de la beneficiaria en situación de concurso de acreedores.

Las Sentencias mencionadas concluyen en este sentido, aduciendo que no sería razonable obligar al expropiado a que se someta a los avatares del concurso. Ahora bien, les ha faltado apelar claramente al argumento final que permite convertir, de facto, la responsabilidad subsidiaria en solidaria. En efecto, asumiendo que la Administración expropiante actúa como una especie de “garante” o fiador del beneficiario frente al expropiado, el artículo 1830 del Código Civil establece, como regla general, que “*El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor*”, es decir, se reconoce al fiador el denominado beneficio de excusión, en el sentido de que no responde si antes no se intenta ir contra el patrimonio del obligado principal (beneficiario en este caso) y se constata la insuficiencia de sus bienes.

Pues bien, uno de los supuestos en los que no opera el beneficio de excusión es precisamente el caso en el que el obligado principal (beneficiario de la expropiación) sea declarado en “*quiebra o concurso*” (actual concurso de acreedores), conforme establece el apartado 3º del artículo 1831 del Código Civil⁵. Ello se traduce, pues, en que el acreedor (expropiado) no tiene que esperar al resultado del concurso de la beneficiaria de la expropiación (sociedad concesionaria) para poder actuar frente al “garante” (Administración expropiante).

Por su parte, el Autode 12 de marzo de 2013 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el marco de la ejecución de la Sentencia dictada con motivo de las expropiaciones llevadas a cabo para la ejecución de la Radial 4 de Madrid, da un paso más y alude a la responsabilidad solidaria, si bien no puede desconocerse que la cuestión se suscitó cuando la sociedad concesionaria (beneficiaria formal de la expropiación) se encontraba ya en concurso de acreedores y, además, en el marco de una expropiación para infraestructuras para carreteras, en las que el bien expropiado, como se ha dicho, pasa automáticamente a ser de dominio público; por ello, podrían al menos albergarse dudas de cuál hubiera sido la respuesta si el expropiado todavía hubiera podido dirigirse contra la sociedad concesionaria por ser solvente o se hubiera producido en el marco de una expropiación en la que el beneficiario adquiera la titularidad del bien expropiado.

⁵Señala el artículo 1831 que “*La excusión no tiene lugar: 1º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella. 2º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor. 3º En el caso de quiebra o concurso del deudor. 4º Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino*”.

En todo caso, ya se aplique esta doctrina con carácter general, ya se circunscriba al ámbito concreto en la que ha surgido (expropiaciones de carreteras y actuaciones similares), hay que ser conscientes de que reconocer la responsabilidad solidaria entre la Administración expropiante y el beneficiario frente al expropiado, supone un cambio importante en la forma en la que hasta ahora se concebía el funcionamiento de la expropiación forzosa, pues equivale de hecho a que es la Administración expropiante (a la que no se le aplica la legislación concursal) la que debe responder frente al expropiado, sin perjuicio de que pueda luego repetir contra el beneficiario por el total pagado al expropiado.

No veo este esquema ni ilógico ni injusto, especialmente (aunque no solo) cuando el bien expropiado pasa a ser automáticamente propiedad de la Administración expropiante (no del beneficiario). Además, provocará un efecto beneficioso: que las Administraciones expropiantes sean más cuidadosas en la utilización de su potestad expropiatoria, porque en ocasiones da la impresión de que el asunto no va con ellas, convirtiendo su intervención en una mera formalidad. Si realmente se considera la propiedad privada uno de los pilares de nuestra estructura jurídica, social y económica, deberá preservarse convenientemente, y cuando deba sacrificarse por el interés común, que se haga con todas las garantías debidas, entre ellas el pago del justiprecio.

En esta línea, en el mencionado Auto de 12 de marzo de 2013 se sostiene que *“...obligar al expropiado a iniciar otro procedimiento para que se declare la responsabilidad de la Administración es una daño al patrimonio del expropiado que todavía no ha recibido el justiprecio y ha sido despojado de su propiedad. Lo que llevaría implícito una falta de tutela judicial efectiva (...) Y conforme a la Ley 8/1972, los bienes y derechos expropiados se incorporan al dominio público del Estado. Por lo que en cierta medida se puede hablar de co-beneficiarios. Existiendo una comunidad jurídica de objetos, que implica responsabilidad solidaria entre ellos. Esto es entre la Administración y la beneficiaria. Además de ser evidente que la Administración expropiante debe de ser en todo momento garante del procedimiento expropiatorio (...) Por lo que dada su naturaleza pública, la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el pago del justiprecio, no vulnera la Ley Concursal de naturaleza jurídico privada. Siendo más coherente que la Administración pague el justiprecio al expropiado y se subrogue en los derechos de éste en el concurso. De esta forma el expropiado podría ver realizado su derecho constitucional a cobrar el justiprecio, y la Administración podría hacer valer sus derechos en el concurso. Máximo cuando al expropiado no se le puede considerar un acreedor más de la Sociedad Concursada. El expropiado es un ciudadano sometido a la potestad expropiatoria y que tiene derecho a obtener la garantía patrimonial reconocida por la Constitución. Y ello conlleva que la Administración cumpla con esa garantía patrimonial reconocida en la Constitución al pago del justiprecio, en cuanto responsable de la potestad expropiatoria y en su condición de cobeneficiario”*.

- Enriquecimiento injusto de la Administración expropiante.

Finalmente, en apoyo a la tesis de que la Administración expropiante no puede desentenderse del asunto relativo al pago del justiprecio, puede apelarse a la doctrina del enriquecimiento injusto, al menos en supuestos en los que, como es el caso, adquiere *ab initio ex lege* (a pesar de no asumir formalmente la condición de beneficiaria de la expropiación) la titularidad de los bienes y derechos expropiados.

En efecto, si el beneficiario formal de la expropiación es insolvente y, en consecuencia, no puede pagar todo o parte del justiprecio, se daría una situación de enriquecimiento injusto en favor de la Administración expropiante. Ésta recibiría sin abonar importe alguno la titularidad de los bienes y derechos expropiados (enriquecimiento); el expropiado sufriría un correlativo empobrecimiento, al verse despojado de los bienes y derechos expropiados sin percibir a cambio el justiprecio; y, finalmente, no existiría justa causa que soporte tal situación, sino todo lo contrario, puesto que, además de que se vulneraría la garantía constitucional prevista en el artículo 33.3 de la Constitución, en ningún caso podría apelarse al azar o el infortunio económico de quien fue designada precisamente por la Administración expropiante como beneficiaria formal de la expropiación (la sociedad concesionaria), especialmente si se tiene en cuenta que fue la Administración expropiante la que diseñó el Pliego y estableció las condiciones que debería asumir la sociedad concesionaria (capital social mínimo, garantía de los socios en su caso, etc.). No puede seriamente la Administración quedarse con la propiedad de lo expropiado sin pagar y ponerse de perfil como si el problema del pago del justiprecio no fuera con ella.

V.- En definitiva, la crisis económica ha puesto al descubierto carencias en nuestro sistema expropiatorio que hay que corregir o que de hecho ya se están corrigiendo por los Tribunales de justicia. Y aunque es comprensible que las Administraciones expropiantes puedan no ver con agrado estas correcciones en el sistema expropiatorio por lo que les supone de aumentar deuda en una situación extremadamente difícil para ellas, sinceramente no comprendo el verdadero empeño que en ocasiones ponen para intentar impedir (o cuando menos retrasar) una solución que difícilmente podrá calificarse como injusta o ilógica. Lamentablemente, la realidad demuestra que en muchas ocasiones existe una verdadera confusión en lo que debe ser un recto entendimiento de lo que es el “interés público”, que no pasa por quitarle al ciudadano lo que le corresponde con el argumento de que así se dispondrá de mayores recursos públicos para, por ejemplo, hacer carreteras. Es deseable una mayor altura de miras.