

Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4, del TSJ de Madrid. 21 de Enero de 2013 (rec.1755/2005)

Encabezamiento

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

En Madrid, a veintiuno de enero de dos mil trece.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 21 de junio de 2010, se dictó Sentencia por esta Sala en el presente procedimiento, estimando en parte el recurso deducido por la entidad Cubiertas S.A., declarando el derecho a percibir como justiprecio la cantidad de 28.900.274,596 euros con los intereses legales procedentes. Asimismo se estimó también en parte el recurso interpuesto por la entidad Autopista Madrid-Sur. Concesionaria Española S.A., declarando la imputación de los intereses por el retraso sufrido en la tramitación del justiprecio a la administración del Estado.

SEGUNDO.- Por la Procuradora D^a Ana Prieto Lara-Barahona actuando en nombre y representación de la entidad Cubiertas S.A., presentó escrito en fecha 30 de septiembre de 2010, solicitando la ejecución provisional de la sentencia recaída en los presentes. En fecha 1 de febrero de 2011 se formó pieza separada de ejecución provisional.

TERCERO.- Tras diversas resoluciones dictadas y que constan unidas a la presente pieza de ejecución provisional, se dictó Auto en fecha 29 de noviembre de 2012, por el que se acordaba detener las actuaciones de ejecución al haber sido declarada en concurso voluntario de acreedores la beneficiaría Autopista Madrid-Sur. En dicho auto se acuerda, a su vez, dar traslado a la mencionada beneficiaría y a la Administración del Estado, a través de su representación procesal, Abogado del Estado, para que en el plazo de cinco días formularan alegaciones, respecto de la

posible responsabilidad de la Administración en el pago del precio fijado en sentencia.

CUARTO.- Recibidas alegaciones de las partes, por el Abogado del Estado se solicita la suspensión del procedimiento de ejecución, sin que baya lugar a declarar responsabilidad ninguna de la Administración del Estado.

Por su parte la beneficiaría alega en su escrito de fecha 28 de diciembre que, conforme en lo dispuesto en el art. 55 de la Ley Concursal, no puede continuarse el procedimiento de ejecución provisional de la sentencia dictada por esta Sala en los presentes autos.

QUINTO.- Por efectuar voto particular el Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. GREGORIO DEL PORTILLO GARCÍA, se turna la Ponencia al Presidente de la Sección Ilmo. Sr. D. CARLOS VIEITES PÉREZ, conforme al art 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Procede dilucidar en esta ejecución de sentencia, si después de haberse declarado en concurso de acreedores, la concesionaria y beneficiaría de la expropiación Autopista Madrid-Sur por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de los de Madrid y haberse dictado Auto por esta Sección de 29 de noviembre de 2012 por el cual y por aplicación de lo establecido en el art. 55 de la Ley Concursalse acordaba la paralización de la ejecución de la sentencia dictada, respecto a la beneficiaría declara en concurso, es procedente declarar la responsabilidad de la Administración para el cumplimiento de la Sentencia dictada en la que se estableció el pago del justiprecio por la expropiación de la finca.

SEGUNDO.- Debemos de tener en cuenta que la institución de la expropiación forzosa, está dentro del ámbito del derecho Administrativo y es un negocio jurídico público. A ella se refiere el art. 33 de la Constitución cuando establece: "Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos si no por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por la leyes." El Tribunal Constitucional en Sentencia de 18 de Mayo de 2009, de la Sala 1ª; define el instituto de la Expropiación Forzosa como "un sacrificio patrimonial individualizado que sólo puede materializarse mediante la correspondiente indemnización".

Como ya lo señalaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 de 28 de Marzo y 111/1983. "Se quebraría el sistema de garantías que el instituto de la expropiación supone si fallara uno de ellos, como es la que consiste en que el expropiado reciba la indemnización correspondiente. En la expropiación forzosa -sigue diciendo- " se produce la privación de la propiedad privada de la que no puede legalmente derivar para el expropiado perjuicio ni beneficio patrimonial alguno y en armonía con ello se satisface el justo precio para conseguir que el valor del patrimonio del expropiado antes y después de la actuación expropiatoria sea el mismo, "de tal manera que" cualquier gravamen tributario que tuviera por objeto el justiprecio traería consigo que el expropiado no quedará indemne a consecuencia de la expropiación, conculcándose el artículo 33.3 de la Constitución Española, porque al quedar mermado el justiprecio ya no podría sostenerse que el expropiado haya recibido una indemnización correspondiente al despojo patrimonial sufrido."

Por otra parte la sentencia del Tribunal Constitucional de la Sala 1ª de 18 de Abril de 1988, se pronuncia en el sentido de que el art. 33.3 de la Constitución Española dotado a las instituciones expropiatorias de garantías. Dichas garantías se refieren a la necesidad de existencia de una causa de utilidad pública o interés social, de una contraprestación económica, y a que procediéndose a su realización se realice de conformidad con las leyes. Por ello se excluyen o disminuyen en forma sustancial las garantías de conformidad en las leyes, causa justificada e indemnización, se rompería el equilibrio característico del instrumento expropiatorio, situándolo no sólo al margen de la ley (vía de hecho), sino extramuros de la Constitución, lo cual permitiría la entrada en acción de los mecanismos de protección diseñados por la propia Constitución y desarrollados por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

TERCERO.- Conviene recordar para resolver la cuestión controvertida, que es precisamente la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la que por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico incorpora de forma clara y precisa la responsabilidad patrimonial de la Administración en su art. 121, según el cual: "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufren en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en su vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

Lo que se quería evitar es que los resultados de la actividad administrativa, que lleva consigo una inevitable secuela accidental de daños residuales y una constante creación de riesgos, se viertan al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas injusticias, amparadas por injustificado privilegio de exoneración. Posteriormente aparecen otros preceptos que también establecen la responsabilidad patrimonial de la administración como ser el art. 40 y 41 de la antigua Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

La responsabilidad patrimonial de la Administración adquiere relevancia constitucional en el artículo 9 de la Constitución cuando establece en su apartado 1º "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" y en su apartado 3º "La Constitución garantiza el principio de legalidad... la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Y el art. 106.2 del mismo texto constitucional establece de forma clara y contundente: "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquier 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 el art. 149.1.118 de la Constitución al establecer las competencias exclusivas del Estado, se refiere al sistema de responsabilidad de la Administración.

Cronológicamente con posterioridad es la ley 30/92, la que recoge el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración en su art. 139, con una redacción similar a la recogida en la Ley de Expropiación Forzosa en la Constitución: "los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos". Precepto que trae su origen en que la Constitución garantiza el sometimiento de las Administraciones Públicas al principio de legalidad y al sistema de responsabilidad.

Por otra parte el art. 140 de la ley 30/92, establece el carácter solidario de la responsabilidad en el caso de Administración Públicas que hayan activado conjuntamente.

CUARTO.- Estos argumentos anteriormente expuestos ya han sido puestos de relieve por sentencias del Tribunal Supremo de la Sala 3^a, como por ejemplo la de 20 de Octubre de 1997, en el recurso 455/97, Ponente Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas, en las que se ha matizado siguiendo las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989, 17 de Noviembre de 1990y 22 de Noviembre de 1991, entre otras, la expresión servicio público hay que interpretarla en sentido amplio, como toda actuación, gestión o actividad propia de la función administrativa, incluso por la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de modo determinado.

Así la Sala 3^a del Tribunal Supremo ha declarado hasta la saciedad, como por ejemplo Sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de Noviembrey 19 de Noviembre de 1994, 11 de Febrero de 1995 en el recurso n° 1538/1992, fundamento jurídico 4o, y las de 28 de Febreroy 1 de Abril de 1995: "Que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los arts. 106.2 de la Constitución, antiguo art. 40 de la LRJAE de 1957, 121y 122 de la Ley de Expropiación Forzosay arts. 139y 140 de la Ley 30/92, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

QUINTO.- La Constitución en su art. 33, después de reconocer el derecho de propiedad en su punto 3° reconoce el instituto de la expropiación cuando establece: "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 por la leyes."

El Tribunal Constitucional y con el efecto de vinculación que establece el art. 5 de la LOPJ, para los Jueces y Tribunales, ha recogido con arreglo a la expropiación forzosa las siguientes cuestiones:

En Sentencia de la Sala T de 25 de Septiembre de 1995en la que estima el recurso de amparo planteado y fija la siguiente doctrina "Ahora bien, no lo es menos que no puede privarse al particular de la posibilidad de obtener la indemnización prevista en el art. 33'3 de la Norma Suprema por el mero hecho de que dicho organismo no

emita su resolución no ya dentro de los plazos legalmente fijados, sino incluso en el supuesto, como el de autos, en que tras varios años tal decisión no se ha producido. El ciudadano se vería así sometido a una situación de desamparo que no se ve paliada por la posibilidad de exigir responsabilidad a los miembros del Jurado de Expropiación o incluso por la vía señalada en el art. 121 CE., sin perjuicio de tales acciones, el derecho a la indemnización ex constitutione exige la posibilidad de que se acuda a la vía Contencioso-Administrativa para poder establecer su importe y obtenerla."

Pues bien teniendo en cuenta lo expuesto, es claro para esta Sala, que la Administración, titular de la potestad expropiatoria conforme al artículo 2 de la Ley de Expropiación Forzosa, y el artículo 3 del Reglamento es garante de que el procedimiento termine con el pago del justiprecio en el plazo señalado. Y si bien es cierto que el artículo 5 del Reglamento de Expropiación impone la obligación de pago al beneficiario, ello no exime a la Administración de su responsabilidad patrimonial en los términos que anteriormente se han expuesto. No se concilia ni con el principio de legalidad, ni con el principio de responsabilidad jurídica que se han expuesto, el abocar al propietario de la finca expropiada y ocupada pero cuyo precio no se ha satisfecho a someterse a la incertidumbre de un procedimiento concursal, ya que esto implicaría que la Administración ha eludido con éxito su responsabilidad.

SEXTO.- A mayor abundamiento en el presente supuesto estamos en presencia de una expropiación para una autopista, por lo que es de aplicación lo previsto en el Ley 25/1988, de Carreteras y la Ley 8/1972, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión. Y conforme al art. 17.1 de la Ley 8/1972 los bienes y derechos expropiados que queden afectados a la concesión se incorporarán al dominio público del estado desde su ocupación y pago. Y al estar en presencia de una expropiación por el procedimiento de urgencia, el estado adquiere la propiedad con la ocupación. Por lo que no pagarse el justiprecio por la insolvencia de la concesionaria, que es la primera obligada al pago, estaríamos ante un claro supuesto de enriquecimiento injusto por parte de la Administración, la cual ya es dueña de la finca expropiada y ha permitido que el beneficiario no pague el justiprecio.

Por lo que, si el concesionario no cumple con las obligaciones que le impone el art. 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo cuando establece que en el procedimiento expropiatorio el

concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y en consecuencia no satisface las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto, es evidente que esas obligaciones deberán asumirse por la Administración expropiante por ser patrimonialmente responsable de los daños en los derechos del expropiado.

Máxime, si tenemos en cuenta que la potestad expropiatoria reside en la Administración Pública, pero cuando ésta se ejerce en beneficio de otra persona, conforme al artículo 2.2 de la Ley de Expropiación Forzosa artículo 3.1 de su Reglamento, ésta ejecuta por sustitución, funciones públicas a pesar de ser una persona jurídica privada, lo que repercute en las consecuencia que produce la actuación expropiatoria que promueve y de la que se beneficia. De aquí el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, al deslindar las atribuciones de la Administración expropiante y del beneficiario, disponga que corresponde a aquélla, en su calidad de titular de la potestad expropiatoria "decidir ejecutoriamente en cuanto a la procedencia y extensión de las obligaciones del beneficiario respecto al expropiado".

En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Noviembre de 2005, 6 de Abril de 2005, 12 de Febrero de 1996, 3 de Mayo de 1990, han fijado doctrina consolidada en la línea de entender responsable a la Administración expropiante en los supuestos en los cuales el beneficiario ha transmitido la titularidad de los terrenos a un tercero. Dichas Sentencias del Tribunal Supremo exponen como doctrina de la Sala que "la reversión es un derecho ejercitable frente a la Administración expropiante cualquiera que sea el beneficiario o actual titular de los bienes expropiados..." admitiendo que el pago de dicha indemnización sustitutoria ha de corresponder a la administración expropiante.

Criterio expuesto que puede perfectamente predicarse en el supuesto de falta de pago del justiprecio por la beneficiaria.

SÉPTIMO.- En cuanto al procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, entiende el Abogado del Estado que la ejecución de esta sentencia no es el cauce idóneo para declarar la responsabilidad, criterio que también se desestima por la Sala y ello porque el obligar al expropiado, al que todavía no se le ha

pagado el justiprecio, a tener que esperar a los resultados del concurso, bien a la quita o a la espera o a la quita-espera, y luego a interponer una acción independiente de responsabilidad, entendemos que implica una vulneración al principio de tutela judicial efectiva. Y en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/84 en la que el Tribunal Constitucional insistió en la necesidad de interpretar la legalidad ordinaria en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción y, por tanto, a la efectividad del derecho a la tutela judicial que, como derecho fundamental, reconoce el art. 24 de la Constitución Española, "contraria al derecho a una tutela judicial efectiva por cuanto que en su opinión, la inactividad del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa y la correspondiente demora en la efectividad del derecho a la indemnización por el expropiado, que reconoce el artículo 33 de la Constitución Española, no puede verse favorecida y premiada mediante una interpretación de la legalidad que impide la defensa judicial del administrado ante la pasividad de la Administración, creándose un ámbito exento al control jurisdiccional que contraviene el contenido medular del derecho a una tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la CE.

El derecho a la tutela judicial del artículo 24.2 de la C.E., exige de los órganos jurisdiccionales que interpretan las normas procesales que condicionan ese acceso en el sentido más favorable a la eficacia del mencionado derecho fundamental (STC 159/90 Fundamento Jurídico 1º) siendo de obligada observación el principio hermenéutico "pro accione".

Por esa razón en la STC 294/94 se declaró que "de ningún modo puede excluirse que el comportamiento inactivo u omisivo de la Administración Pública pueda incurrir en ilegalidad y afectar a los intereses legítimos de los ciudadanos".

Si como pretende el Abogado del estado, obligáramos al expropiado que ha perdido su propiedad que ha pasado al Estado, y que después de un largo periodo de tiempo ha obtenido un justiprecio, el cual no ha sido pagado por la concesionaria, al haber incurrido en una situación de insolvencia, que es lo que implica la declaración del concurso de acreedores, y le obligáramos a, en vez de declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración en la ejecución de la sentencia que fijó el justiprecio, iniciar un procedimiento administrativo y judicial independiente. Entendemos que ello implicaría una lacerante y clara vulneración del principio de tutela judicial efectiva, procedimiento de Ejecución de Sentencia en el cual la Administración ha

sido parle y se le ha oído para evitar un supuesto de indefensión.

No se pueden, por tanto, compartir en absoluto las alegaciones del Abogado del Estado, que pretende, que con total olvido de la responsabilidad de la Administración, que el expropiado se someta a todas las vicisitudes e incertidumbres del concurso y luego se deduzca la lesión al patrimonio del expropiado en otra procedimiento independiente.

En relación al momento de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo en la Sentencia a la que antes hemos hecho referencia de 21 de Noviembre de 2005, recurso nº 6048/2002, establece "por lo que a la indemnización procedente se refiere esta deberá hacerse efectiva por la Administración expropiante. En cuanto a la cuantía ésta se fijará en ejecución de sentencia, conforme a criterio que ha venido siguiendo esta Sala en anteriores sentencia, entre otras las ya citadas de 6 de abril de 2005, recurso de casación 3548/2001", criterio perfectamente aplicable al caso, en tanto que la declaración de responsabilidad patrimonial, entendemos debe y puede hacerse en la ejecución de la sentencia que estableció el justiprecio por la finca expropiada.

Decir, por el contrario, que la expropiación se cobrará tras el resultado de varios pleitos de más que incierto resultado es como vincular el derecho constitucional a la suerte mercantil de una empresa que ni es el ente expropiante ni ha sido escogido por la voluntad del expropiado, supuestos que podrían estar presentes en una compraventa, negocio jurídico por completo, ajeno al instituto de la expropiación forzosa. Por todo ello la no ejecución de la sentencia sobre un patrimonio sometido a concurso no puede ser sino el antecedente necesario de declarar la responsabilidad de quien ejercitó la facultad pública de expropiar.

LA SALA ACUERDA:

LA PRESENTE RESOLUCIÓN DECLARA LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL PAGO DE LO SENTENCIADO Y CON ESTE FIN SE REQUIERE A DICHA ADMINISTRACIÓN A QUE EFECTÚA DICHO PAGO EN EL PLAZO DE DOS MESES DESDE SU NOTIFICACIÓN.

Contra la presente resolución cabe recurso de reposición en el plazo de cinco días desde la notificación, previa constitución del depósito provisto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección nº 2609-0000-93-1755-05 (Banesto, Sucursal de Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separando por un espacio).

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

D. CARLOS VIEITES PÉREZ

D. JOSÉ RAMÓN GIMÉNEZ CABEZÓN

D. ALFONSO SABAN GODOY

D. GREGORIO DEL PORTILLO GARCÍA

Voto particular

QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GREGORIO DEL PORTILLO GARCÍA AL DISCREPAR DEL PARECER DE LA SALA REFLEJADO EN EL AUTO DE 21/01/2013, DICTADO EN EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN DERIVADO DEL P.O. 1755/2005

- Comparto las afirmaciones que se contienen en el fundamento de Derecho segundo del auto dictado por la mayoría de la Sección, Es cierto que la expropiación supone un "sacrificio patrimonial individualizado" y "que sólo puede materializarse mediante la correspondiente indemnización", es decir con el abono del justo precio fijado de mutuo acuerdo, o por el Jurado, si no se alcanzara, o por el Tribunal, en el caso de que se interponga recurso contencioso

administrativo contra la decisión de aquél. Pero ello no guarda una relación directa con el supuesto que estamos examinando en el que se dilucida si, cuando existe un beneficiario de la expropiación, puede imputarse a la Administración la obligación directa del pago del justiprecio que es, en definitiva lo que declara el auto, y ello a pesar de que, por más que se fuerce la interpretación en el resto de sus fundamentos, en el momento actual no existe resolución alguna que haya declarado la imposibilidad de su abono.

- La declaración de tal obligación es contraria a lo dispuesto en las normas legales aplicables, citadas en el auto, y a la jurisprudencia que las interpreta, puesto que el Decreto de 26 Abr. 1957, que aprueba el Reglamento de la Ley de expropiación forzosa, en su artículo 3.1 establece: "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", mientras que en el siguiente determina que en el supuesto de que no concurren en el mismo sujeto las cualidades de expropiante y beneficiario, al titular de la potestad expropiatoria corresponderá ejercerla en favor del beneficiario, a instancia del mismo; 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 ejercicio de dicha potestad, sin perjuicio de la intervención, facultades y obligaciones que al beneficiario atribuye el artículo siguiente, entre las que se encuentran las siguientes: "...2. En el curso del expediente tendrán atribuidas los beneficiarios las siguientes facultades y obligaciones: 1.ª Como parte en el expediente expropiatorio, impulsar el procedimiento e informar a su arbitrio sobre las incidencias y pronunciamientos del mismo. 2.º Formular la relación a que se refiere el artículo 17 de la Ley. 3.º Convenir libremente con el expropiado la adquisición amistosa a que se refiere el artículo 24 de la Ley. 4.º Actuar en la pieza separada de justiprecio, a los efectos de presentar la hoja de aprecio a que se refiere el artículo 30 de la Ley, y de aceptar o rechazar la valoración propuesta por los propietarios. 5.º Pasar o consignar, en su caso, la cantidad fijada como justo precio. 6.º Abonar las indemnizaciones de demora que legalmente procedan por retrasos que le sean imputables. 7.º Las obligaciones y derechos derivados de la reversión. 8.º Los demás derechos y obligaciones establecidos en la Ley y en este Reglamento". En idéntico sentido se pronuncia la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de autopistas

en régimen de concesión, cuyo artículo 17 dispone: "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", y la indemnización directamente derivada de la expropiación es el pago del justo precio del bien sobre el que recae.

- La interpretación jurisprudencial de esta regulación se recoge, entre otras, en las siguientes sentencias: la del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 17 Jun. 2002, donde leemos: "...El significante "beneficiario" designa una unidad jurídica cuyo significado precisa el artículo 2, números 2y 3 LEF, y también el artículo 3.1 del Reglamento de dicha Ley. Este precepto es sumamente claro al respecto: "A los efectos del presente Reglamento, 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 expropiado". Es claro, por tanto, que ni el Ayuntamiento ni la Universidad han tenido en ningún momento la condición de beneficiarios en las expropiaciones de las que trae causa este proceso. "Beneficiario", por tanto, es en la materia que nos ocupa un concepto técnico, un concepto legal acotado. Y ninguna de esas dos personas jurídico-públicas tiene tal naturaleza a los efectos del caso que nos ocupa..."; la del mismo Tribunal, Sala y Sección de fecha de 31 Oct. 1995:"...Tercero: En orden a la problemática de fondo y cual anticipábamos, hemos de reiterar la doctrina, ya establecida en las SS 8 Oct. 1991 y 25 Oct. 1993, según la cual "se considera aplicable por analogía al beneficiario de la expropiación lo dispuesto por los arts. 121.1y 123 LEFrespecto del concesionario de servicios públicos, al estimar que existe idéntica razón para determinar la responsabilidad del concesionario de un servicio público en sentido estricto que para declarar la del concesionario demanial del yacimiento minero, cuya titularidad le confiere precisamente el carácter de beneficiario de la expropiación, y como tal asume, en el procedimiento expropiatorio, un protagonismo material y jurídico de la misma naturaleza que el concesionario de servicios públicos, según se deduce de las facultades que atribuye a aquél el art. 5 REF, por lo que, ante tal identidad de situación jurídica, es procedente, en ausencia de norma expresa, aplicar el mismo régimen jurídico que para los concesionarios de servicios públicos previenen los citados artículos de la LEF y que después hizo extensivo a los contratistas de obras públicas el art. 134RCE, aprobado por D 3410/1975 de 25 Nov. En consecuencia, la reparación de los daños y perjuicios causados a la titular de la finca excluida de la expropiación

incumbe a la empresa beneficiarla de la expropiación. Cuarto: La potestad expropiatoria reside en las Administraciones Públicas territoriales, pero cuando éstas la ejercen en beneficio de otra persona (arts. 2.2 LEFy 3.1 REF), ésta actúa, por sustitución, funciones públicas a pesar de ser una persona jurídico-privada, lo que repercute en las consecuencias que produce la actuación expropiatoria que promueve y de la que se beneficia, y de aquí que el art. 4 REF, al deslindar las atribuciones de la Administración expropiante y del beneficiario, disponga que corresponde a aquélla, en su calidad de titular de la potestad expropiatoria, "decidir ejecutoriamente en cuanto a la procedencia y extensión de las obligaciones del beneficiario respecto al expropiado", previsión normativa que supone identidad de razón para atribuir a la Administración la facultad y la obligación de resolver, en la forma establecida por el referido art. 123 LEF para los servicios concedidos, cuando el expropiado reclama una indemnización por daños y perjuicios a cargo del beneficiario de la expropiación. Quinto: Esta Sala y Sección tiene proclamado en las sentencias más arriba invocadas que el acto administrativo de exclusión de bienes, emanado de la Administración autonómica, no incorpora, en rigor una determinación propia sino una pura y simple aceptación formal, como titular del trámite expropiatorio de una actuación materialmente referible al beneficiario, como es la que le impone el art. 17 LEF, en relación con el art. 15 de la misma, de formular la relación de los bienes o derechos que considere de necesaria ocupación, la cual, mediante la solicitud de exclusión de determinadas fincas, es modificada por el propio beneficiario, alterando el acuerdo de necesidad de ocupación, a la que la Administración tan sólo confiere carácter formalizado realizando un acto estrictamente reglado dada la justificación de la exclusión, razones que, unidas a las anteriores, obligan a declarar la obligación de la empresa E., S.A., de pagar, como beneficiaria de la expropiación, los daños y perjuicios, sufridos por la propietaria de la finca excluida de aquella, que se determinen en ejecución de sentencia con arreglo a las bases fijadas por la sentencia de instancia..."; o en la de 11 Oct. 1991, que se pronuncia en los siguientes términos: " ...Así pues, la empresa concesionaria asume, por disposición legal expresa, los derechos y obligaciones del beneficiario, entre ellos las facultades y obligaciones citadas en el artículo 5.2 del Reglamento de la LEF, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, como la de convenir libremente con el expropiado la adquisición amistosa a que se refiere el artículo 24 LEF, intervenir en el expediente de justiprecio, aceptar o rechazar la valoración propuesta por los propietarios y pagar o consignar en su caso, la cantidad fijada como justo precio. En el ejercicio de estas facultades y obligaciones actúa la empresa concesionaria con personalidad jurídica propia, que no puede confundirse con la de la Administración territorial expropiante (Ministerio de Fomento)...dicha empresa concesionaria ostenta un evidente

interés legítimo en el justiprecio que fije el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, en los terminas exigidos por el artículo 19.1 de la Lev de la Jurisdicción va que como antes hemos indicado es la responsable de su paso de acuerdo con el artículo 17.2 de la ley 8/1972. Pero es que, además de cumplir los requisitos de legitimación previstos en el artículo 19.1 LJCA, no hay que olvidar que el artículo 17.2 de la ley 8/1972, antes citado, establece que el concesionario asumirá en el procedimiento expropiatorio los derechos y obligaciones del beneficiario, por lo que le resulta de aplicación el artículo 140.1 del Reglamento de la LEF, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, que reconoce al beneficiario de la expropiación legitimación activa para impugnar el Acuerdo del Jurado de determinación del justiprecio. Por las anteriores razones procede la desestimación de este quinto motivo del recurso de casación..."; la misma conclusión se alcanza en la sentencia de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, de fecha 21 de junio de 2005, en la que leemos: "..En principio podría parecer que la respuesta debe ser conforme a la pretensión municipal porque, y, también prima facie es claro que como Administración territorial que es, el ayuntamiento posea la potestad expropiatoria en el término municipal sobre el que ejerce sus competencias, así resulta del art. 2.1 de la Ley de Expropiación Forzosa. Sin perjuicio de lo anterior de un modo u otro en el caso que nos ocupa pudiera plantearse la duda de si la Corporación recurrente resignó el ejercicio de su potestad expropiatoria en la Comunidad de Madrid. Pero, en todo caso, la cuestión es irrelevante puesto que de lo que se trata es de conocer si la Corporación recurrente tiene interés, y, por tanto, legitimación en un proceso donde lo que está en cuestión no es su potestad expropiatoria y su ejercicio, o la gestión de la misma, sino la valoración por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa del justo precio del bien concreto expropiado, a ello nos hemos de limitar. En este supuesto que es el contemplado por la Sentencia recurrida la Administración expropiante carece de interés directa porque el precio a satisfacer cuando existe un beneficiarlo de la expropiación como ocurre en este caso en el que además concurre la condición de persona jurídica privada, sociedad mercantil, que ha de abonar el precio que haya convenido con de expropiado o el fijado por el órgano de valoración de aquél, sin que se haya planteado cuestión alguna sobre posibles responsabilidades de la Administración expropiante por demora en la tramitación del expediente expropiatorio como expresa el art 5 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, es claro que es alzo ajeno a su potestad y por tanto para lo que carece de legitimación porque es una relación entre beneficiario y expropiado a la que es ajena...", términos éstos, por cierto, en los que de la misma forma se pronunció esta Sección en su sentencia de 17 de enero de 2003"...En este sentido hay que precisar que con reiteración este mismo problema ya ha sido resuelto por este

Tribunal que en múltiples ocasiones ha declarado que la cuestión se centra en el hecho de si la administración expropiante que no sea beneficiarla, puede interponer el recurso contra el acuerdo del Jurado que fija el justiprecio. En este sentido debe tenerse en cuenta que el artículo 5 del Reglamento de Expropiación forzosa establece las facultades de las personas o entidades que ostentan la condición de beneficiarios, entre las que quedaría incluida la facultad de interponer recursos contra la resolución que fije el justiprecio, por lo que debe concluirse que aunque el Ayuntamiento ciertamente tenga interés en la causa, no viene facultado para impugnar el justiprecio por no ser beneficiario, debiendo por lo tanto estimarse la alegación sobre inadmisibilidad planteada por el Abogado del Estado...", conclusión que difícilmente se sostiene si la Administración titular de la facultad expropiatoria tiene una responsabilidad directa sobre el abono del justiprecio, en cuya determinación, además, como acabamos de ver, no interviene. Podemos citar también porque se pronuncia en idénticos términos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 19 Jun. 2009. En definitiva la única responsable del pago del precio del bien expropiado en el sistema establecido por la normativa aplicable es la beneficiaria.

La referencia que se hace en el fundamento de Derecho tercero del auto a la responsabilidad patrimonial de la Administración no hace sino confirmar la conclusión que acabamos de reseñar, por cuanto dicha responsabilidad es diferente de la obligación del pago del justiprecio y ha de ser necesariamente declarada en el procedimiento previsto al efecto. Así el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa se encuentra dentro del Capítulo II, que lleva por título "De la indemnización por otros daños", y comienza refiriéndose al "mismo procedimiento" aludido en el artículo anterior que no es el previsto para la determinación y pago del justiprecio (art. 120 "... debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas..."). Por otra parte el artículo 123 dispone: "Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia, de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución dejará abierta a la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso", de donde resulta que tampoco se puede deducir una responsabilidad directa de la Administración incluso respecto de estos otros daños diferentes de la privación patrimonial que supone la expropiación. De la misma manera el artículo 106.2 de la Constitución, citado en el auto, establece el derecho de los particulares a ser

indemnizados por toda lesión que sufran en cualquier de sus bienes y derechos, pero añade "en los términos establecidos por la Ley", y en la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración contenida en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 se hace referencia a los procedimientos específicos que se han de seguir para su declaración y cuantificación. No se puede, a mi juicio, acudir a esta normativa para declarar la responsabilidad directa de la Administración respecto del pago del justiprecio cuando existe una beneficiaria como es el caso.

- Entramos con ello en la consideración del contenido del fundamento de Derecho quinto del auto y debemos insistir en que, aun cuando la Administración asume en el procedimiento expropiatorio en el que participa una beneficiaria determinadas obligaciones respecto de la consecución del pago del precio, esta concreta obligación pesa expresamente por determinación legal sobre dicha beneficiaria, y lo que no se aviene con el principio de legalidad es imputar a la Administración una obligación que ninguna norma le impone, y más aún hacerlo cuando no se ha constatado la imposibilidad del pago del precio por quien viene normativamente obligado a hacerlo.

- En relación con el contenido del fundamento de Derecho sexto ya se ha valorado la incidencia de la Ley 8/1972 en esta materia, que es bien distinta de la pretendida por la mayoría de la Sección, a mi juicio, y he de añadir ahora que el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), prevé en su artículo 269 que es causa de resolución del contrato de concesión de obras públicas, entre otras, la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento del concesionario, mientras que en el artículo siguiente desarrolla la aplicación de las causas de resolución, siendo el órgano de contratación quien tiene competencia para acordarla, de oficio o a instancia del concesionario, mediante el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos. En dicha regulación, en el caso de concurso de la concesionaria, sólo la apertura de la fase de liquidación da lugar siempre a la resolución del contrato, siendo potestativo para la parte a la que no le sea imputable la causa instar la resolución en los demás casos, siendo así que en el supuesto de autos no consta que se haya abierto la fase de liquidación. Finalmente el artículo 271 regula los efectos de la resolución y dicha regulación no se compadece con el hecho de que la mera declaración del concurso de la beneficiaria (concesionaria) determine que la Administración haya de hacer frente al pago del justo precio, pues las

relaciones jurídicas afectadas por la resolución son complejas y afectan a más personas que beneficiario y expropiado.

- El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal y como entiende el Abogado del Estado, no es la ejecución de esta sentencia y pretender que la tutela judicial efectiva se quiebra porque el interesado haya de seguir los cauces previstos en las leyes para obtener la efectividad de sus derechos no se compadece con la doctrina emanada de nuestros Tribunales al interpretar el derecho aludido. Esta afirmación no resulta contradicha por el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2005, dictada en el recurso nº 6048/2002y mencionada en la resolución de que discrepo, por cuanto lo en ella resuelto no guarda relación con el supuesto de autos. En dicha sentencia se impone a la Administración expropiante la obligación de indemnizar ante la imposibilidad de proceder a la reversión instada por el interesado, mientras que en el supuesto que estamos resolviendo en un incidente de ejecución, derivado de un recurso donde se impugnaba el justiprecio y en el que han sido parte el expropiado y la beneficiaría, pues la Administración comparece en defensa del acuerdo del Jurado, se pretende declarar una responsabilidad directa de la Administración respecto del pago del justiprecio ante la declaración en concurso de quien viene obligada a dicho pago por las normas aplicables, pronunciamiento éste ajeno a lo discutido y resuelto en el procedimiento del que dimana la pieza.

- Abundando en la interpretación mantenida en este voto particular ha de hacerse referencia a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 7 Abr. 2001"...Aunque la responsable de los vertidos de escombros fuese, según lo dicho, la empresa contratista, lo cierto es que, al no haberlo así declarado la Administración del Estado contratante y no haber sido emplazada en la primera instancia aquella empresa, la responsabilidad por los perjuicios causados con los vertidos debe asumirla la Administración del Estado demandada, quien no actuó en la forma, ordenada tanto por la Ley de Expropiación Forzosa como por el referido Reglamento General de Contratación, y así lo declaró ya la antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 May. 1980, que, al no proceder del modo indicado en los artículos 121.2y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 134 del Reglamento General de Contratación la Administración, considera que eludió su propia responsabilidad frente al perjudicado, reclamante en la vía administrativa precedente, y a ella debe por tanto serle impuesta dicha responsabilidad, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el responsable, puesto que los preceptos citados han pretendido, sin duda, en estos casos

permitir al particular una paridad de trato en relación con otros casos en que la Administración es directamente imputable, pero sin perjuicio de que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio de quien realmente corresponde porque es quien tiene obligación de soportarla, doctrina jurisprudencial que late también en las Sentencias de esta Sala de 9 May. 1989, 9 May. 1995 (recurso contencioso-administrativo núm. 527/93), 12 Feb. 2000 (recurso de apelación 3342/92) y 8 Jul. 2000 (recurso de casación 2731/96)...", de donde se desprende que la responsabilidad patrimonial de la Administración se desprende del incumplimiento de las obligaciones que, en este caso, la legislación del instituto de la expropiación forzosa te impone, entre las que no se encuentra el pago del precio. En este sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, en su sentencia de 16 de marzo 2010, donde sostiene: "...La pretensión de la parte adora encuentra soporte legal en el artículo 48.2 del reglamento de expropiación forzosa en donde se afirma " Cuando la expropiación beneficia a organismos autónomos oficiales, el libramiento para el pago del precio que deban realizar se ajustará a lo previsto en su legislación específica. Tanto en este caso 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 estándose a lo que dispone el párrafo siguiente en cuanto a la notificación a los perceptores del mismo. "Lo que se debe poner en relación con la jurisprudencia aplicable que afirma "...Nada obliga "a priori" a que la entidad beneficiaría de una expropiación haya de tener una posición privilegiada en el recurso a estos efectos frente a una pura hipótesis de insolvencia que, en todo caso, no sería diferente de cualquier otra imaginable en la ejecución de muchos otros actos administrativos, ni siquiera a la mera hipótesis de insolvencia de la propia beneficiaría cuando, como aquí ocurre, también se impugna el justiprecio por el expropiado: en todos esos casos e hipótesis, tal riesgo puramente genérico es consustancial a la propia ejecutividad de los actos administrativos y vendría cubierto, en su caso, por la correspondiente tutela penal de la insolvencia fraudulenta y alzamiento de bienes o por la responsabilidad patrimonial administrativa. "3) En el supuesto que nos ocupa la Administración demandada no rechazó su obligación de exigir al beneficiario que cumpliera sus obligaciones indemnizatorias y de hecho realizó una serie de actuaciones tendente a su logro, si bien rechazó con posterioridad la derivación de responsabilidad sobre el administrador de la sociedad, dictando una resolución expresa en contra, que no nos consta haya sido recurrida. La negligencia que se imputa a la Administración parece que quedaría circunscrita a su lentitud a la hora de exigir el pago a la entidad beneficiaría y a la citada resolución...En estas

circunstancias, no puede apreciarse la existencia de un daño indemnizable al amparo de la invocada responsabilidad patrimonial de la Administración, que exige que la misma se funde en un criterio objetivo de lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe, ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar y en el caso presente lo único que ha podido acreditarse, de un lado una demora en la actividad recaudatoria de la Administración ocasionada por la intensa actividad lanío en vía administrativa como judicial de la beneficiaría que en realidad solo acabó con su declaración de insolvencia y que por tanto tuvo la relevancia suficiente como para romper relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión económica sufrida por el actor, y por otro, una resolución dictada por la Administración denegando la derivación de responsabilidad contra su administrador, de la que no conocemos siquiera si se vio consentida o fue recurrida en vía judicial...".

Procede ahora dar una respuesta a los diversos argumentos vertidos en el escrito de la expropiada para defender la existencia de responsabilidad de la Administración respecto del pago del justiprecio. En primer lugar se afirma que la Administración adoptó la condición de parte demandada en su condición de entidad expropiante, afirmación que no se ajusta a la realidad puesto que el Abogado del Estado comparece, en principio, en defensa de la posición del Jurado de Expropiación, autor de la resolución impugnada. En caso contrario, como hemos visto, no existiría legitimación. A continuación se dice que el fallo impone expresamente a la Administración la obligación de abonar los intereses de demora, derivados del exceso del tiempo invertido por el Jurado en fijar el justiprecio en relación con el concedido por la ley, mientras que no la excluye expresamente del pago del precio. Esta animación sólo confirma cuanto vengo manteniendo, pues el fallo se pronuncia expresamente sobre la obligación que declara y no tiene porque excluir expresamente una declaración que nadie le ha pedido. Respecto de la oposición a la ejecución provisional del Abogado del Estado no supone la asunción de responsabilidad que se pretende y ha de recordarse que la beneficiarla es al mismo tiempo concesionaria de la autopista y que la Administración tiene un interés en el funcionamiento de la concesión, que puede justificar la adopción de la postura procesal que considere adecuada. Acto seguido se afirma que en este caso el beneficiario no adquiere la propiedad del bien y que se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración que pasa a ser su titular, afirmaciones de las que, una vez más, no se puede extraer la conclusión que se pretende, pues es la ley de autopistas la que, teniendo en cuenta el interés público inherente a la

construcción y utilización de la vía de comunicación, establece esta especialidad respecto de las notas generales de la figura del beneficiario y, en segundo lugar, no puede hablarse de enriquecimiento injusto cuando ni se ha producido la imposibilidad del pago, ni se ha resuelto la concesión con la consiguiente atribución de derechos y obligaciones a la Administración.

Debemos por todo ello concluir que no procede la declaración de responsabilidad directa de la Administración respecto de la obligación de pago del justiprecio cuando existe una beneficiaria y que, en el supuesto de se produjera la imposibilidad de abonarlo, circunstancia no acreditada en este incidente, la Administración sólo respondería si quedara acreditado, en el procedimiento correspondiente, que incumplió alguna de sus obligaciones y que de dicho incumplimiento se derivó el perjuicio sufrido por el expropiado.

En Madrid a 22/01/2013.