

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y 26 de junio de 2018 sobre diversas cuestiones en materia de expropiación: la labor de la jurisprudencia en la “restauración” de la Ley de 16 de diciembre de 1954. Cuestiones pendientes y límites a este encomiable esfuerzo

Darío Canterla Muñoz

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ANTE LOS PROBLEMAS GENERADOS POR EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN QUE CORRESPONDE A LOS AFECTADOS POR EXPROPIACIONES NULAS. 1. Fijación del problema. A. El derecho del expropiado a indemnización comprende conceptos diferentes: justiprecio, indemnización de daños e intereses. B. Alcance del derecho del expropiado cuando la administración incurre en vía de hecho. C. Posición inicial de la jurisprudencia: incremento del 25% sobre el justiprecio. Motivos de la jurisprudencia y problemas que conlleva. 2. La introducción de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Aplicación contradictoria por los Tribunales Superiores de Justicia. 3. Fijación en casación de la interpretación de dicha Disposición Final. La STS de 4 de junio de 2018. A. El objeto del recurso contencioso y las pretensiones de las partes en la instancia. B. La STSJ de Castilla-La Mancha. C. La STS de 4 de junio de 2018. Planteamiento del Recurso de Casación. D. Los argumentos de las partes en casación. E. Fundamentos de la STS. F. Valoración crítica. G. La interpretación del TS de la Disposición Adicional de la LEF. H. Cuestiones que abre, o deja abiertas, esta sentencia. 4. Conclusión. III. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LOS PROBLEMAS GENERADOS POR LA PRÁCTICA DEL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA. 1. Fijación del problema: Garantía de alegaciones de fondo en el procedimiento de expropiación de urgencia cuando la información pública es posterior a la implícita declaración de necesaria ocupación. 2. La doctrina de la STSJCM. 3. La STS de 26 de junio de 2018. El objeto del recurso de casación. 4. Conclusión. IV. EPÍLOGO.

RESUMEN: El presente trabajo parte de la labor de “conservación y restauración” que lleva a cabo la jurisprudencia para el mantenimiento del “monumento jurídico” de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. El estudio se centra en comentar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 4 de junio de 2018 que interpreta la Disposición Adicional de la citada Ley, y la STS de 26 de junio de 2018 estableciendo cuales son los requisitos exigibles a la información pública en el procedimiento de urgencia. Finalmente apunta problemas pendientes en la materia advirtiendo sobre la necesidad de retomar la preocupación del legislador y los gestores públicos sobre esta situación habida cuenta de que la Jurisprudencia está limitada en esta encomiable labor por el principio de legalidad.

ABSTRACT: The present work is based on the work of “conservation and restoration” carried out by the jurisprudence for the maintenance of the “legal monument” of the Forced Expropriation Law of 1954. The study focuses on commenting on the STS of June 4, 2018, which interprets the Additional Provision of the aforementioned Law and the STS of June 26, 2018, establishing what are the requirements for public information in the emergency procedure. Finally points out outstanding issues in the field warning about the need to return to the concern of the legislator and public managers about this situation given that the jurisprudence is limited in this commendable work by the principle of legality.

I. INTRODUCCIÓN

Son bastantes los problemas que aquejan a la institución expropiatoria y que parecen hacer aconsejable que se aborde la tarea de su renovación. A este respecto la doctrina es unánime en dos cosas, por un lado en señalar la excelencia del texto de 1954, llegando a calificarlo, y estoy plenamente de acuerdo con ello, de monumento jurídico¹. De hecho todos nos acercamos al texto con respeto reverencial pues no en vano en su germen se encuentra el del propio Derecho Administrativo español contemporáneo, siendo obra de una pléyade de autores que han sido la referencia obligada de esta disciplina durante los siguientes 50 años al menos². De otro lado es

¹ Así lo hace CÁNCER MINCHOT en su trabajo “El procedimiento expropiatorio: problemas actuales y su intento de solución en el borrador de anteproyecto de la LEF”, que forma parte del documento que publicó el Ministerio de Hacienda con el título de *La Ley de Expropiación Forzosa. Análisis y Perspectivas de Reforma* con motivo del intento de reforma que no llegó a buen puerto en la legislatura 2000-2004. En concreto señala: “En muchos puntos puede haber quedado obsoleta la magnífica LEF de 1954, pero si no hubiera mediado la denuncia sobre el gasto quizá hubieses pasado aún muchos años antes de que alguien su hubiera decidido a sustituir un monumento jurídico de primer orden”.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en su estudio “La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 156 (2001) y que se corresponde con el texto de su intervención en el curso organizado por el Consejo de Estado en los “*Cursos de Verano*” de la Universidad

unánime también la opinión de que es hora de abordar ya una reforma legal³. Ciertamente hay cautelas en relación al abordaje de esta labor pues afecta a una institución fundamental incluso se llega a decir que para hacer leyes como las últimas en materia de procedimiento quizá sería mejor no tocar la actual⁴. Por otro lado hay muchos problemas que no requieren de solución legal, ni un cambio legislativo los soluciona sino que requieren de la adopción de medidas organizacionales y de dotación de medios por los gestores públicos. En tanto los gestores extreman su diligencia y se aborda por el legislador una normativa en la materia, sólo queda en la pelea porque la institución expropiatoria tenga un funcionamiento acorde al de una democracia moderna la labor de la Doctrina y la Jurisprudencia. En esta última nos centramos en este trabajo.

Los tribunales se ven impelidos por la realidad de sus obligaciones a solucionar los problemas que plantea la actual Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, LEF en adelante. Hacen en este trabajo una encomiable labor buscando el difícil equilibrio entre la celeridad que reclama la obra pública en el Estado contemporáneo y la irrenunciable protección del derecho de propiedad. Sin embargo llegan

Complutense de Madrid en el Escorial, el día 23 de julio de 2001, señala: “...En la Ley de Expropiación Forzosa tuvo, por cierto, una influencia perfectamente reconocible un grupo de gentes del Consejo de Estado, lo cual puede ser oportuno recordarlo en esta ocasión. El Anteproyecto de Ley fue confiado por el Ministerio de Justicia (es justo recordar a su titular, don Antonio Iturmendi) a la Sección de Administración Pública del entonces Instituto de Estudios Políticos, la cual desde 1950 había demostrado su alta cualificación técnica con la hazaña de haber lanzado y sostenido la «REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA» (primer número: abril de 1950), sin duda el hecho básico de donde ha surgido el nuevo Derecho Administrativo en España. El Presidente de dicha Sección era un gran Consejero Permanente de esta casa, don Luis Jordana de Pozas. De la Sección formábamos parte un grupo destacado de jóvenes Letrados de la casa: José Luis Villar Palasí, Jesús Fueyo, Manuel Alonso Olea, Ricardo Gómez Acebo y yo mismo. En fin, el Reglamento de la Ley, una vez aprobada ésta en 1954, de 26 de abril de 1957, fue también elaborado por la Sección de Administración Pública del IEP (estaba ya entonces presente otro nuevo Letrado, José Antonio García-Trevijano Fos)”.

³ En este sentido se pronuncia GARCÍA DE ENTERRÍA en la obra ya citada, entre otras, FERNÁNDEZ, T. R. al examinar el “Uso y abuso de la potestad expropiatoria en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 192 (2013) o antes y más claramente en su estudio “Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 166 (2005), o en las “Notas sobre el proceso continuo y silencioso de erosión del derecho estatal y de las garantías jurídicas de los ciudadanos: el caso de los jurados autonómicos de expropiación” en *Revista de Administración Pública*, núm. 153 (2000). En el mismo sentido se expresan todos los autores que participan en documento del Ministerio de Hacienda más arriba mencionado entre los que se encuentran MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, ENTRENA CUESTA, MENÉNDEZ REXACH, O ARIÑO ORTIZ.

⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., en su estudio “El acto administrativo expropiatorio”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 206 (2018: 11-35), doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.01>, señala: “...aunque también resulta bastante obvia la necesidad de su revisión o incluso de su sustitución por un nuevo texto que la mejore y la actualice en cuanto resulte conveniente. En la legislatura 2000-2004 comenzó a trabajarse en ello en el Ministerio de Hacienda, pero parece que llegara a proponerse oficialmente ningún texto. Claro que, a la vista de las nuevas leyes con las que se ha sustituido alguna de nuestras más importantes leyes administrativas básicas en los últimos años, habría que recomendar no poca prudencia, para no venir a adoptar un texto que, en lugar de mejorar, empeore el que, bien que mal, viene rigiendo un ámbito tan importante del actuar de las administraciones públicas desde hace más de sesenta años.”

hasta donde pueden y deben, que es hasta donde les permite el principio de legalidad. Ejemplo de esta limitación son las dos sentencias del Tribunal Supremo, TS en adelante, que vamos a estudiar y que tienen su origen en las sentencias que dictó la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-la Mancha, TSJCM en adelante, con la loable intención de proteger la posición de los expropiados, llegando en esta intención sin embargo más allá de lo que permite el principio de legalidad. La primera de las sentencias, en realidad un grupo de ellas como veremos, hace referencia al cálculo de la indemnización correspondiente a quien ha sido expropiado por un procedimiento radicalmente nulo, y en concreto a si es posible seguir aplicando el criterio de aumentar automáticamente en un 25% el justiprecio fijado como había hecho tradicionalmente la jurisprudencia antes de la introducción de la Disposición Adicional de la LEF, por la Ley de 27 de diciembre de 2012, de Presupuestos para el año 2013. La segunda se refiere a las garantías del expropiado en el procedimiento de urgencia, en concreto a aquellos casos en que la información pública se practica con posterioridad a la declaración implícita de urgente ocupación en el procedimiento de urgencia.

II. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ANTE LOS PROBLEMAS GENERADOS POR EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN QUE CORRESPONDE A LOS AFECTADOS POR EXPROPIACIONES NULAS

1. Fijación del problema

A. El derecho del expropiado a indemnización comprende conceptos diferentes: justiprecio, indemnización de daños e intereses

El punto de partida para analizar la cuestión debe ser el de los derechos de compensación que corresponden al expropiado. Conforme a la formula recogida en nuestra Constitución la privación no puede hacerse sino “*mediante*” la correspondiente indemnización. Esta expresión ha llevado a un importante sector de la doctrina⁵ a considerar que no existe exigencia constitucional de que la indemnización sea previa. Y es por ello que se considera constitucional el procedimiento de urgencia en que la indemnización es posterior a la ocupación.

Indemnización en sentido literal es todo lo que la Administración expropiante o el beneficiario dan a la persona afectada por la expropiación, pues se trata, en todo caso, de reparar el daño producido al administrado como consecuencia de la pérdida coactiva de la propiedad. Sin embargo se ha distinguido tradicionalmente entre la in-

⁵ El principal defensor de la idea de que la expresión “*mediante*” implica que el pago debe ser previo al pago es GARCÍA DE ENTERRÍA que además entiende que ello acredita que se trata de un negocio real en que el pago es condición de la adquisición. Sin embargo esta posición es hoy minoritaria.

demnización que se corresponde con el valor de la cosa o justiprecio, que sería algo así como el valor de sustitución, y la indemnización del resto de los daños producidos entre los que se incluye el genérico y mal llamado “*premio*” de afección con el que se viene a valorar, de manera general, el difuso daño moral que produce la pérdida de lo que era tuyo. Mal llamado “*premio*” porque desde luego no es un hecho afortunado que se te prive de tu propiedad, aún cuando siempre te ofrezca más garantías y compensaciones la privación expropiatoria que la limitación legal de las facultades que como propietario te corresponden⁶. Insistiendo en la naturaleza indemnizatoria de todo lo que recibe el expropiado recordemos que el título que regula el devengo de intereses de demora hace referencia a la indemnización de los daños producidos por el retraso.

Este se puede decir es, de una manera básica, el esquema de las consecuencias indemnizatorias que tiene la expropiación forzosa cuando se desarrolla conforme a los procedimientos legalmente establecidos. Incluso cuando este es el procedimiento de urgencia, tan utilizado por la Administración, como ayuno de garantías eficaces para los administrados que pretendan discutir la expropiación en sí misma y no sólo la fijación de la indemnización, y en el cual aparece la figura del escuálido depósito previo que no altera sustantivamente el régimen de las indemnizaciones a recibir, aunque sí produce una alteración radical en cuanto al momento de su pago, permitiendo la ocupación del bien antes del pago del justiprecio, cuestión verdaderamente lamentable y origen de muchos de los problemas que aquejan a la institución de la expropiación forzosa en España y que no derivan tanto de la Ley como de su aplicación abusiva.

B. Alcance del derecho del expropiado cuando la administración incurre en vía de hecho

El anterior esquema es el que se aplica en el modo ordinario de actuación de la administración. Nos referimos a los supuestos en que la administración ejercita su potestad expropiatoria de manera ordenada a través de los procedimientos legalmente establecidos. No puede decirse, lamentablemente, que la actuación de la Administración al margen de todo procedimiento expropiatorio, o, más frecuentemente que lo anterior, con omisión de alguno de los trámites esenciales del procedimiento sea algo extraordinario, al menos desde el punto de vista cuantitativo, si atendemos a las numerosas resoluciones judiciales en la materia declarando la nulidad de este tipo de procedimientos. Sin embargo, eso no quita que, desde el punto de vista cualitativo, deba

⁶ Sobre los problemas que plantean las expropiaciones legislativas y las dificultades para distinguirlas de las delimitaciones legales del derecho de propiedad se puede consultar el estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 141 (1996). También se puede consultar “El Derecho de Propiedad en la Constitución Española”, de BARNÉS, J., en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y comparado*, de la editorial Tecnos.

considerarse como algo extraordinario dado el genérico deber de la Administración de actuar sometida a Derecho. Desde luego hay que reaccionar contra todo lo que suponga acostumbrarse a este tipo de defectos, debemos evitar que la conciencia jurídica se amodorre y pierda sensibilidad para apreciar la gravedad que tiene el que la limitación más profunda de la propiedad privada, base de las libertades civiles, en cuanto instrumento de desenvolvimiento de la propia personalidad, y piedra angular de desarrollo económico en una sociedad prospera, no se realice con las garantías debidas. Cuando no se respeta el mínimo exigible en el procedimiento o simplemente se prescinde de él entramos en la vía de hecho⁷, como forma de actuación, y en la nulidad radical como efecto general de el acto así producido. Parece lógico que no tenga las mismas consecuencias un acto producido en el seno de un procedimiento aún con algún vicio, que al margen de todo procedimiento o con omisión de sus trámites esenciales. Y esto ha llevado a nuestro legislador a conceptualizar tradicionalmente dichos incumplimientos como uno de los vicios más graves que puede aquejar a un acto administrativo y por tanto a sancionarlo con la nulidad de pleno derecho y no con la anulabilidad.

Esta doctrina tiene su especial aplicación en el campo de la expropiación forzosa. En este sentido el artículo 125 de la LEF, para estos supuestos de más evidente violación del procedimiento, recoge la posibilidad de que se utilicen frente a la administración los interdictos de retener o recobrar, garantía formalmente en vigor⁸, pero que no resulta más ventajosa, desde el punto de vista de la celeridad, que la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo con la petición de medidas cautelares, incluso inaudita parte. En todo caso ambas vías se han demostrado

⁷ La STS de 22.9.2003 resume la doctrina científica sobre la materia afirmando: «El concepto de vía de hecho es una construcción del Derecho Administrativo francés que desde lejos viene distinguiendo dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de procédure). Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia para comprender en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se producen sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo.

El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el art. 93 de la LRJPAC. Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el art. 57.1 LRJPAC. El segundo supuesto se refiere a los casos en que la ejecución material excede de su título legitimador extralimitándolo. En definitiva, como señalamos en sentencia de 8 junio 1993 “La ‘vía de hecho’ o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite”».

⁸ En sentido contrario a la pervivencia de la vía de hecho se manifiesta GÓMEZ DÍAZ, A. B., “Interdictos contra la Administración; su vigencia y perspectivas”, en *Actualidad Aranzadi*, núm. 443, (2000), pp. 1 ss. En sentido contrario al anterior LÓPEZ MENUDO, F., en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, p. 322.

insuficientes pues no es raro, sino todo lo contrario, que cuando el tribunal vaya a tener la oportunidad de pronunciarse la obra pública esté más que inaugurada.

Escuín Palop, en sus Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa⁹ señala que “*La vía de hecho constituye la más grosera infracción del régimen jurídico de la expropiación*”. Igualmente cita la definición de Carretero Pérez, que se refiere a ella como “*la ocupación o el intento de ocupación de la cosa objeto de la expropiación por parte de la Administración, sin haber cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y pago o depósito previo en los términos establecidos en dicha Ley*”¹⁰.

Aplicando la doctrina general de la nulidad de los actos administrativos el vicio determinante de la vía de hecho no puede subsanarse, sino que, como en toda situación de nulidad, las partes deben devolverse recíprocamente aquello que antes habían intercambiado. El problema que se plantea, fundamentalmente, pero no sólo, en la expropiación realizada por el procedimiento de urgencia es que cuando se declara la existencia de vía de hecho la obra pública ya está realizada. Desde esta perspectiva surgen dos cuestiones. Una la posibilidad, o no, de revertir la situación, con destrucción de la obra ya realizada en su caso, y otra derivada de la anterior, consistente en determinar como se indemniza al propietario afectado por un despojo al margen de cualquier procedimiento cuando no es posible la devolución del bien expropiado debido a que el interés general demanda el mantenimiento de la obra pública construida sobre el bien expropiado.

C. Posición inicial de la Jurisprudencia: incremento del 25% sobre el justiprecio. Motivos de la jurisprudencia y problemas que conlleva

Este último problema señalado más arriba es la cuestión que se abordan por las sentencias del Tribunal Supremo que vamos a estudiar. Tradicionalmente la jurisprudencia había venido entendiendo que lo que procedía era incrementar la indemnización por justiprecio e intereses en un 25%¹¹. Con esta solución la jurisprudencia

⁹ *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2008, Civitas-Thomson.

¹⁰ ESCUÍN PALOP señala las dificultades que existen para determinar cuando existe una vía de hecho aunque esto carezca de importancia práctica habida cuenta de que tanto la doctrina como la jurisprudencia reconducen de manera unánime la vía de hecho a la nulidad. Sin embargo, no es fácil identificar el concepto de vía de hecho dado que exige, como señala SAINZ MORENO, ponderar la gravedad de la irregular actuación administrativa, y así, frente a casos claros en los que esa actuación debe calificarse de vía de hecho, hay otros en los que puede calificarse esa actuación de nula de pleno derecho o de dañosa, sin llegar a constituir vía de hecho. La nulidad de pleno derecho y la responsabilidad administrativa en ocasiones delimitan el concepto de vía de hecho y en ocasiones lo integran. La indeterminación conceptual que aquí existe no puede eliminarse a priori mediante una definición que separe estos conceptos, ya que lo normal es que la vía de hecho implique una radical nulidad absoluta y de ella derive una responsabilidad por daño.

¹¹ En tal sentido STS de 31 de enero de 2006, 11 de noviembre de 1993, 21 de junio de 1994, 18 de abril de 1995, 8 de noviembre de 1995, 27 de enero de 1996, 27 de noviembre de 1999, 27 de diciembre de 1999, 4 de marzo de 2000, 27 de enero de 2000 y 24 de febrero de 2000, entre otras).

quería poner equilibrio entre el interés público que realiza la obra y que hace irracional la reposición del terreno a la situación anterior y el interés del particular, privado de manera grosera de su propiedad. Entendía en estas situaciones la citada jurisprudencia que no podía tratarse igualmente a la Administración cuando expropiaba de manera regular que cuando lo hacía tan burdamente.

En esta situación se comienza a desencadenar una dinámica algo perversa en la que los administrados, sin ningún interés en principio en evitar la expropiación, puesto que no reaccionan contra los actos sustanciales de la misma, dejan transcurrir el tiempo y aprovechan simplemente para incrementar en un 25% su indemnización. Es el caso de quien es privado por procedimiento de urgencia, no reacciona contra la ocupación que se ha hecho por ejemplo sin la necesaria declaración de necesidad, debido a que el Plan en que esta se amparaba no contiene la información suficiente para considerar cumplidos los trámites de los artículos 18 y 19 LEF, y una década después hace valer en la reclamación contra el justiprecio que se añada un 25% sin aportar justificación alguna sobre un supuesto daño adicional, ni su valoración sino como una consecuencia automática del vicio de nulidad.

Evidentemente la cuestión tiene una enorme transcendencia para la Administración, pues el aumento de las cantidades es muy sustancial. Si a esto se le une por un lado, la demasiado elevada frecuencia de supuestos que legitiman estas reclamaciones por haber incurrido la declaración de necesidad de ocupación en algún vicio insubsanable, sobre todo en el procedimiento de urgencia, se multiplica la extensión de estos efectos. Obviamente esto no nos puede hacer olvidar, en primer lugar, que la Administración tiene en su mano reducir el número de supuestos en que esta doctrina se aplica mediante una aplicación cuidadosa de la norma respetuosa con los derechos del expropiado, en segundo lugar, que en todo caso la vía de reducción de las enormes cantidades de intereses que se pagan en los expedientes expropiatorios tienen un mejor aliado en estimular la diligencia de la Administración que en premiar la mala praxis, y en tercer y último lugar no podemos dejar de señalar que el mejor remedio para reducir el abono de estas cantidades es el acercamiento entre el momento de la ocupación y el pago de la indemnización.

2. La introducción de la Disposición Adicional de la LEF en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012 de 27 de diciembre de Presupuestos Generales para el año 2013. Aplicación contradictoria por los Tribunales Superiores de Justicia

Terminábamos el apartado anterior haciendo referencia a medidas que pueden evitar los peligros antes señalados, sin embargo estas medidas se encuentran siempre entre las aspiraciones doctrinales insatisfechas por el legislador. También en este caso

el remedio legislativo puede unirse a la lista de reproches. En efecto para paliar esta situación no se acometió la reforma del procedimiento de urgencia y en general de la LEF, sino que apareció la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2013 que dio la siguiente redacción a la Disposición Adicional de la LEF: *“En caso de nulidad del expediente expropiatorio, independientemente de la causa última que haya motivado dicha nulidad, el derecho del expropiado a ser indemnizado estará justificado siempre que éste acredite haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

Hasta cierto punto es una disposición redundante puesto que ya existía el citado artículo 139 y aún cuando no se hubiera dictado esta disposición se podría haber reaccionado contra la jurisprudencia que fija la indemnización de manera automática en el 25% cuando estamos ante una nulidad absoluta en el seno del procedimiento expropiatorio invocando la naturaleza indemnizatoria de todas las cantidades que se entregan al expropiado. Sin embargo no se quiso dejar lugar a dudas derivadas de la especialidad del procedimiento expropiatorio que pudiese invocarse frente al procedimiento general, como de hecho pretende la sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, TSJCM en adelante, que dio origen a la Sentencia de 4 de junio de 2018 que analizamos.

Así que con este motivo los Tribunales Superiores de Justicia comenzaron corregir los abusos padecidos ante la ausencia de dicha Disposición. En este sentido se pueden citar como sentencia favorable a la idea de que, a partir de ese momento, no es posible aplicar de manera automática el aumento del 25^o en las indemnizaciones por las expropiaciones nulas de pleno derecho la Sentencia del TSJ de Madrid de 10 de marzo de 2016.

Esta nueva situación plantea desafíos. Desde el punto de vista pragmático se plantea el riesgo de que, de alguna manera, se alivian las consecuencias del descuido de la Administración. Desde el punto de vista teórico es necesario conciliar el que no se pague un porcentaje añadido de manera automática con la necesidad de indemnizar ese mayor daño que se inflige al administrado cuando, no sólo se le priva coactivamente de su derecho de propiedad, sino que se le priva de la garantía constitucional del derecho al procedimiento expropiatorio que recoge el artículo 33 de la Constitución al señalar la necesidad de que la privación se haga de *“conformidad con lo dispuesto en las leyes”* y, por tanto, conforme al procedimiento que corresponda; e igualmente es necesario conciliar la restricción con la necesidad de que se indemnice por el mayor daño que supone, que a pesar de la nulidad del expediente expropiatorio, la propiedad no sea devuelta cuando el interés público exige el mantenimiento de la obra realizada sobre los terrenos expropiados.

En esta situación se dan una serie de sentencias del TSJCM que entienden que la Disposición Adicional no afecta a la anterior jurisprudencia sobre la materia y se plantea la necesidad de uniformar la interpretación de la citada Disposición, lo que el Tribunal Supremo realiza recogiendo también las bases para dar respuesta a los desafíos planteados por la nueva normativa.

3. Fijación en casación de la interpretación de dicha Disposición Final. La STS de 4 de junio de 2018

Esta es la situación jurisprudencial en que se dictan las sentencias del Tribunal Supremo que analizamos, que no van a plantear abiertamente la corrección de su anterior doctrina pero que la rectifican, aprovechando la novedad legislativa, sobre la base de la naturaleza indemnizatoria de las cantidades que se abonan al expropiado, lo que viene a ser un implícito reconocimiento de que también antes debieron fijarse siguiendo esos mismos criterios que siempre se han recogido en las diferentes normativas de procedimiento administrativo. Se trata de un conjunto de sentencias dictadas en casación contra sentencias del TSJCM a propósito de la expropiación motivada por construcción de la denominada “*Autovía del Sagra. Tramo II: A-42 (n-401), en Illescas-CM-4001 en Borox y Añover de Tajo (Toledo)*”. La primera es la de 4 de junio de 2018, a ellas le siguen la de 12 de junio, ambas con ponencia del Excmo. Sr. Magistrado Olea Godoy. A ellas se suma la de 26 de junio de 2018 con ponencia de Trillo Alonso a propósito de la “*Variante de la CM-4009, en las localidades de Torrijos y Gerindote, tramo-variante de Torrijos y Gerindote (Toledo)*.”

Vamos a analizar el objeto del recurso contencioso, las pretensiones de las partes en la instancia, la STSJ de Castilla-La Mancha, el recurso de casación y los argumentos de las partes en casación y la doctrina fijada por el Tribunal Supremo.

A. El objeto del recurso contencioso y las pretensiones de las partes en la instancia

Es importante hacer constar que los recursos se interponen contra el respectivo acuerdo del Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha, de los años 2013 o 2014, por los que se fijaba el justiprecio de la expropiación de una serie de parcelas para la ejecución de la “*Autovía de la Sagra, tramo II: A-42 (N-401) en Illescas-CM-4001 en Borox y Añover de Tajo*”, y de la “*Variante de la CM-4009, en las localidades de Torrijos y Gerindote, tramo-variante de Torrijos y Gerindote (Toledo)*.” que tenían a distintas beneficiarias. A pesar de que se recurría contra el acuerdo de justiprecio es importante hacer constar que se hacía valer la nulidad de la expropiación por vicio sustancial en la declaración de utilidad pública. Los recurrentes sostenían la nulidad de la expropiación y en consecuencia la necesidad de que la indemnización se incrementase en un 25%.

B.-La STSJ de Castilla-La Mancha

La STSJCM exponía el problema en los siguientes términos: *“En cuanto a las consecuencias derivadas de la nulidad, en coincidencia con lo solicitado en la demanda, procede incrementar el justiprecio en un 25%, a cargo de la Administración expropiante. Sin que puedan encontrar favorable acogimiento las alegaciones del Letrado de la Junta, que considera que resulta de aplicación la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, que vincula el derecho a percibir la indemnización en caso de nulidad del expediente expropiatorio a la acreditación de haber sufrido por esa causa un daño efectivo e indemnizable, pues no nos hallamos aquí en ese supuesto sino ante una compensación a la propiedad por la imposibilidad de restitución in natura de la ilegal ocupación de los terrenos expropiados”*.

A continuación la Sala hace unos razonamientos en relación a por qué el *“Modificado”* de la obra incurría en nulidad. Podría pensarse que este tema es adjetivo en relación al que nos ocupa. Es decir, en principio nos daría igual cual fue la causa que dio lugar a la nulidad del expediente expropiatorio pues la cuestión que se plantea es si la nulidad de pleno derecho, cualquiera que sea su causa, debe dar lugar a un incremento de la indemnización en un 25%. Siendo esto cierto sin embargo entendemos de mucha utilidad la cita de los razonamientos que sobre esta cuestión expone la STJCM porque a través de ellos se pone de manifiesto cual es el conflicto de intereses subyacente, cuya comprensión resulta imprescindible para entender y en su caso hacer un análisis de la doctrina que fija el TS. Este conflicto es básicamente el del interés público en el mantenimiento de la obra a pesar de la ilegal expropiación frente al interés del expropiado en el respeto íntegro a su derecho de propiedad. Desde esta perspectiva cobra interés conocer la causa de la nulidad, porque, con independencia del análisis que hagamos más adelante de la doctrina sentada en estas sentencias, el TJCM señala un hecho que es muy relevante y es que en este caso, en su opinión, el defecto ha impedido la real defensa del derecho de propiedad o al menos lo ha reducido a una defensa indemnizatoria y no restitutoria pues se le ha privado, como consecuencia del vicio, de la posibilidad de hacer alegaciones de fondo sobre la oportunidad de la ocupación de sus terrenos o la conveniencia de hacerlo en otros a la vista de la finalidad de la obra como permiten los artículos 18 y 19.1 LEF.

Señala la STJSCM a este respecto: *“Por lo que se refiere al MODIFICADO nº 1,...* sigue faltando la notificación personal de la declaración de necesidad de ocupación (art. 21 de la LEF), que origina igualmente la nulidad... el acuerdo de necesidad de ocupación inicia el expediente expropiatorio y ha de notificarse individualmente a cuantas personas aparezcan como interesadas en el proyecto... el art. 21 de la Ley de Expropiación Forzosa...establece, en su punto 3º, que *“Además habrá de notificarse individualmente a cuantas personas aparezcan como interesadas en el procedimiento expropiatorio, si bien en la exclusiva parte que pueda afectarlas”*. Precepto que ha de ser completado con el art. 22.1 de la misma Ley se dispone que *“Contra el acuerdo de necesidad de ocupación se dará recurso de alzada ante el Ministerio correspondiente, que podrán interponer los*

interesados en el procedimiento expropiatorio, así como las personas que hubieran comparecido en la información pública”...En relación con el cumplimiento de dicho trámite, el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha alegó que la Administración autonómica ha cumplido de forma escrupulosa la normativa aplicable... Ahora bien, si bien la mencionada documental acredita el cumplimiento del trámite de información pública de la relación de bienes y derechos de necesaria ocupación, dicho trámite no es suficiente para garantizar que el afectado pueda combatir la declaración de necesidad de ocupación antes de que la ocupación misma se lleve a cabo, lo que solo se garantizaría, según acabamos de ver, con la notificación del acuerdo de necesidad de ocupación a los titulares de bienes y derechos de necesaria expropiación; máxime cuando, según se alega por la parte actora, en el presente caso el Acta Previa de Ocupación es el único trámite administrativo que existe, sin que se haya redactado el Acta de Ocupación ...”

Se puede decir pues que esta es la razón última de la STSJCM, y entiendo que ello está en la base de que manifieste la idea de que la Disposición Adicional introducida por la Ley 17/2012 no altera la jurisprudencia anterior ya que en este caso se estaría indemnizando el mayor daño que se produce a un ciudadano. Daño que en esos casos consistiría en que añade a la privación de su propiedad el que se le haya privado del derecho al procedimiento adecuado, y también de una eventual devolución que la actuación administrativa ha convertido en imposible, viniendo el incremento del 25% a ser una valoración de estas últimas privaciones. Sería una valoración global, y genérica que no requiere de la alegación y prueba concreta de ese daño, pues se trata en definitiva de un daño moral, residual, para la STJCM, equiparable al premio de afección que viene a indemnizar un daño genérico y no necesitado de definición ni de concreción asociado a daños morales inespecíficos que se le producen a cualquier persona cuando se le quita lo que es suyo en contra de su voluntad, aún cuando se pague por ella. Creo que esta asimilación no encaja en el régimen jurídico establecido por el legislador en la Disposición Adicional introducida por la Ley 17/2012. En el título de este comentario hablamos de los límites a la jurisprudencia en su labor de remozar y conservar en buen estado la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y este es sin duda un ejemplo perfecto de tal límite: la jurisprudencia no puede suplir ni contrariar la labor del legislador, sobre ello volveremos.

Pero siguiendo con nuestro estudio, veamos como recoge estas cuestiones la STJCAM. A este respecto señala que *“...Se debe reiterar el criterio de la Sala favorable al incremento del justiprecio en un 25% como resarcimiento de la vía de hecho cometida frente a la invocación que se viene haciendo por parte de la Administración demandada de la Disposición Adicional de la LEF, en redacción introducida por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, y citando algunas sentencias recientes de Tribunales Superiores de Justicia donde se desestiman pretensiones de indemnización del 25% por nulidad del procedimiento expropiatoria con base en la mencionada Disposición...En primer lugar hay que decir que tal interpretación de la norma, de ser la correcta, sería directamente contraria a la doctrina que deriva de la Sentencia del Tribunal Europeo de Dere-*

chos Humanos de 6 de octubre de 2.015 (Caso Pellitteri y Lupo contra Italia).. Sucede sin embargo que la interpretación que hace la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de la norma no es, a juicio de la Sala, la correcta... No se olvide que ese 25 % no valora suelo, ni valora tampoco solamente el hecho de que se haya privado ilegalmente del mismo al propietario, sino que lo que valora es el hecho de la privación ilegal combinado con el de que la Administración no va a devolver el bien aunque esté obligada a hacerlo, porque, por sus propios actos, ha convertido tal devolución en muy difícil o no deseable por el particular. Si una privación legal y en forma da lugar a una indemnización de tipo moral del 5 % (premio de afección) no parece nada exagerado que una privación ilegal y el incumplimiento añadido de la obligación de devolver el bien la tenga del 25 %. Por otro lado, es esta una indemnización que cuadra perfectamente con las posibilidades que al respecto reconoce el art. 105 Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa... “

Fijada su posición general sobre como deben indemnizarse los daños producidos por los actos nulos de pleno derecho en el seno de un procedimiento expropiatorio, o al margen de todo procedimiento tal y como se había consagrado por la jurisprudencia anterior a la ley de 2012 la STJCM analiza como, en su opinión, este régimen general no se altera por la introducción en 2012 de la ya citada Disposición Adicional. A este respecto señala que la incorporación legal es irrelevante, y que en todo caso no suponen una alteración de la competencia de los juzgados y tribunales para indemnizar un daño en ejecución de sentencia por la vía del artículo 105 LJCA y que la sentencia lo que viene a hacer es establecer en el fallo lo que se haría en ejecución en la cual es posible valorar el daño moral. En definitiva señala que dado que la LEF ordena indemnizar el daño moral no existe obstáculo para mantener la anterior interpretación. Añadiendo que si el daño moral en un procedimiento ordinario se indemniza a través del premio de afección fijado en un 5%, es evidente que el daño moral producido cuando se te priva de la propiedad al margen de todo procedimiento o prescindiendo de sus trámites esenciales, es mayor, y aún más si a eso se añade que, a pesar del procedimiento nulo, no se te devuelve el bien expropiado, concluyendo en consecuencia que es correcto valorar dicho daño en un 25% adicional conforme a la jurisprudencia anterior a la Disposición Adicional.

Es como veremos más adelante, aquí donde, entiendo que la STSJCM da un salto sin el necesario apoyo. Veamos que dice en concreto a este respecto: *“Ahora bien, esta DA es una norma por completo irrelevante, pues, obsérvese, se limita a decir que si se dan las circunstancias del art. 139 existirá ese derecho, cosa obvia en extremo, hasta el punto de que para ello ya existía el art. 139, sin que sea necesario un nuevo artículo que recuerde que el art. 139 es un artículo aplicable y en vigor. Pero ni siquiera dice la norma que “solo” se tenga derecho en tales casos, sino que en tales casos se tendrá derecho, lo que no es lo mismo. Y desde luego no puede querer decir que “solo” haya derecho a ser indemnizado cuando se demuestre la existencia de un daño de acuerdo con el art. 139 si se toma en cuenta que hay en el ordenamiento jurídico otras normas que pueden establecer una indemnización bajo criterios propios y particulares, y si la DA quisiera derogarlas*

a favor de la exclusiva aplicación del art. 139 debería haberlo dicho expresamente. Normas como, en lo que a nosotros nos interesa, el art. 105 Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa,... Si la Administración no lo devuelve por imposibilidad, habrá que proceder conforme al art. 105, y fijar una indemnización por la inejecución de la sentencia. Y en esa indemnización es perfectamente posible introducir un daño moral incrementado respecto del daño moral que la Ley indemniza con el premio de afección, pues, como más arriba decíamos, a la privación coactiva de un bien se añade que la privación es ilegal y sin embargo el bien no se devuelve. Cuando la sentencia aplica el 25 % no hace sino resumir en sentencia aquello a lo que se habría llegado inevitablemente en ejecución.

La STJCM, como hemos adelantado, da, en nuestra opinión, y siempre desde el respeto debido, un salto en sus razonamientos que se apoya en terreno poco firme. En efecto es cierto que el artículo 105 de la LJCA sigue en vigor, pero dicho artículo recoge la facultad del Tribunal para fijar una indemnización por la imposible ejecución de la sentencia. No recoge expresamente un procedimiento para ello aunque sí la audiencia de las partes, en todo caso, parece que serán aplicables las disposiciones procesales elementales para que las partes hagan sus alegaciones, cuantifiquen el daño que se les produce por la inejecución, y prueben los parámetros de esa cuantificación ex artículo 217 LEC. Aún cuando el daño es cierto y el Tribunal lo conoce, en ese caso el daño derivado de la inejecución, ello no permite al Tribunal fijar a tanto alzado y al margen de cualquier valoración el daño, pues incluso el moral ha de ser cuantificado, lo que no se discute, con independencia de que se utilicen criterios más o menos genéricos lo que es cuestión diferente. Y precisamente la que se plantea aquí porque el TSJCM establece una apreciación genérica e indiscriminada en un 25% por encima del justiprecio.

Pero eso deja en pie que ese daño moral no será de la misma intensidad para una persona que verdaderamente tenía la voluntad de pedir la devolución del bien y que por lo tanto ha reaccionado contra la declaración de necesidad de ocupación o la declaración de utilidad pública por separado y antes de la fijación del justiprecio, que el daño que se le produce a quién se ha mostrado pasivo durante años con la ilegal ocupación, sólo reacciona contra la fijación del justiprecio en busca de aumentar el valor de un bien cuya recuperación no parece realmente importarle. Es decir deja en pie el problema que había dado lugar a la reforma de 2012.

Finalmente la interpretación que se hace de la Disposición Adicional va en contra del principio de interpretación de las leyes conforme al cual en caso de ser posible varias interpretaciones hay que decantarse por aquella que le atribuya a la norma efectos reales. La sentencia viene a señalar que la norma es inútil y por tanto prescindible, y que no ha aportado nada respecto al régimen anterior por lo que en nada debe cambiar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como veremos el Tribunal Supremo no aborda directamente estos argumentos pero los desecha sobre la

base precisamente de que hay que dar solución a esos supuestos abusivos y aplicar la Disposición Adicional.

C. La STS de 4 de junio de 2018. Planteamiento del Recurso de Casación

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha prepara recurso de casación, por infracción de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado. La Sección Primera de la Sala Tercera admitió a trámite el recurso y precisó la norma a interpretar señalando que la cuestión a esclarecer consiste en: *“La determinación del alcance y requisitos de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012 de Presupuestos Generales del Estado, para el reconocimiento del derecho del expropiado a ser indemnizado en el caso de nulidad del expediente expropiatorio”*.

D. Los argumentos de las partes en casación

La Junta de Castilla-La Mancha mantiene que la Disposición controvertida contiene un mandato que vincula a los Tribunales, en el sentido de que *“la declaración de nulidad del expediente expropiatorio nunca podrá conllevar el reconocimiento de un derecho indemnizatorio automático ya que el derecho indemnizatorio opera siempre que se alegue y acredite la existencia de un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 de la LR-JPAC”*. En apoyo de su posición hace referencia a sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia. Entiende en definitiva que se le ha dado a dicha indemnización un carácter automático dándole un tratamiento de premio de afección incrementado.

Se opone al recurso la representación procesal de los beneficiarios planteando, fundamentalmente, una cuestión de derecho transitorio en virtud de la cual la Disposición Adicional no sería aplicable al caso en cuestión por lo que había que aplicar la doctrina jurisprudencial que fijaba la indemnización en estos casos en un incremento con un 25% sobre el justiprecio. Se trataba de un problema de cierta enjundia pero no lo exponemos habida cuenta de que el tema no se había planteado debidamente en el proceso y no fue admitido.

E. Los Fundamentos de las sentencias del Tribunal Supremo

A este respecto lo primero que hacen las sentencias del Tribunal Supremo es delimitar el objeto de su pronunciamiento señalando que su labor es la de la interpretación de la Disposición Adicional y que las alegaciones de la parte recurrida (la expropiada) incurrir en desviación procesal ya que se dirigen a cuestionar la vigencia y aplicación por razón del tiempo de la citada disposición adicional, eludiendo cualquier pronunciamiento sobre esta cuestión. En concreto señala: *“Centrado el debate procesal en los términos indicados, se trata de determinar el alcance de la Disposición Adicional*

LEF en cuando exige que, tratándose de supuestos de nulidad del expediente expropiatorio, el derecho del expropiado a ser indemnizado se supedita a la acreditación de haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 de la Ley 30/92, y ello en relación con los criterios que ha venido estableciendo la abundante jurisprudencia sobre la materia.”

El Tribunal Supremo procede a enmarcar la cuestión conforme al siguiente discurso. En primer lugar no hay que confundir la indemnización que se le da al expropiado por una expropiación regular compuesta por el valor del bien, o justiprecio, y por el valor del resto de daños producidos, más el premio de afección y, en su caso los intereses, con las indemnizaciones que se dan por expropiaciones nulas o en vía de hecho. En ese caso no hay propiamente expropiación ni justiprecio. Así señala que: *“Según declaramos en sentencia de 16 de marzo de 2.005, una cosa es la indemnización procedente a consecuencia de la privación, en virtud del instituto expropiatorio, de bienes y derechos, y otra cosa diferente es el reconocimiento del derecho a indemnización por la vía de hecho cometida por la Administración a consecuencia de la anulación de la actuación expropiatoria derivada de la nulidad de la resolución administrativa que declaró la utilidad pública que legitimaba dicha expropiación, cuya nulidad conlleva, en esencia, la devolución de las fincas de que se ha visto privado ilegítimamente el expropiado en vía de hecho, (Ss. 17-9-2008, rec. 450/2005; 10-2-2009, rec. 2129/2005; 24-3-2009; 13-3-2012, rec.773/2009).”*

Luego se señala que en caso de nulidad de la expropiación hay dos posibilidades que se restituya el bien con el pago de los perjuicios producidos, o que el bien no se devuelva, situándose en este segundo supuesto el caso problemático. Para el primer caso hay que aplicar las normas de la responsabilidad patrimonial claramente sin que haya cambiado nada a este respecto la introducción de la Disposición Adicional. En concreto manifiesta que *“Como se ha indicado antes, la restitución in natura de los bienes y derechos expropiados es la consecuencia jurídica de la anulación del procedimiento expropiatorio, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan por los daños y perjuicios causados por la actuación anulada (S.10-2-2009, rec. 2129/2005)... En esta situación, que supone la reparación in natura de los derechos afectados, ninguna duda plantea la aplicación de la disposición adicional de la LEF en la redacción que examinamos, pues, si a la devolución de los bienes se añade la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, para que esta pueda prosperar será preciso justificar que concurren los requisitos exigidos en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/92 (actualmente arts. 32 y ss Ley 40/2015), sin que ello suponga modificación respecto de la situación anterior a la Ley 17/2012. Las discrepancias surgen cuando no es posible la ejecución in natura de la declaración de nulidad del procedimiento o de la vía de hecho, en cuanto a la devolución de los bienes ocupados, en cuyo caso la falta de devolución debe compensarse, al amparo del art. 105.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mediante la correspondiente indemnización sustitutoria, que tiene un carácter subsidiario y a la que solamente cabe acudir ante la imposibilidad material de devolución (S.17-9-2008, rec. 450/2005 y 10-2-2009, rec. 2129/2005).*

Para estos supuestos problemáticos en que no es posible la devolución del bien se ha de pagar una indemnización y respecto a la naturaleza y cuantificación de la cantidad que se paga gira la solución al problema. El TS señala que ordinariamente cuando se recurría el justiprecio alegando razones que dan lugar a la nulidad del expediente expropiatorio y para evitar a los recurrentes un segundo proceso se fijaba directamente la indemnización por el tribunal en un 25% más del justiprecio fijado. Esa indemnización era global por el valor del bien y todos los daños incluidos los producidos por el procedimiento nulo. En concreto se recoge que. “...*la controversia se produce en relación con las formas de determinación de esa indemnización sustitutoria, ya que, como hemos dicho en sentencia de 15 de octubre de 2008, cuando tal ilícita privación se produce y así se interesa por el afectado, al objeto de evitarle la promoción de un nuevo proceso, la indemnización puede traducirse en la valoración asignada por el Jurado cuyo contenido es objeto de cuestionamiento en vía jurisdiccional, incrementada en un 25% sobre la base de que, apreciada una vía de hecho, no existe un auténtico justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien al no existir, en realidad, una auténtica y legal expropiación forzosa. (S. 5-3-2012 y 13- 3-2012, rec. 773/2009).Precisando en otras sentencias que, aunque en determinadas circunstancias se haya tomado como referencia por la jurisprudencia, a efectos de fijar dicha indemnización la aplicación de un porcentaje de incremento sobre el justiprecio, en razón de la vía de hecho en que incurre la Administración por la nulidad del expediente expropiatorio, ello no permite identificar ambos conceptos ni supone que, necesariamente, haya de fijarse tal indemnización con referencia al justiprecio previamente.*”

Continúa el Tribunal Supremo señalando que en todo caso esa jurisprudencia no puede ser entendida en el sentido de que la indemnización por la ocupación en vía de hecho es de un 25% sino como una solución dada al reclamante para evitarle un segundo procedimiento, siendo lo ordinario la determinación ex artículo 105.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA en adelante, lo que supone valorar el bien en el momento en que procede la devolución y no se hace y añadir a eso la valoración de los daños que la ocupación del bien haya producido. Continúa la STS analizada diciendo que “...*Es cierto que esta Sala ha venido reconociendo una compensación del 25% resultante de la indemnización por vía de hecho, siendo necesario resaltar, como recordamos en aquella sentencia de 15 de octubre de 2008, que ello ha sido cuando el objeto del recurso estaba referido al acuerdo valorativo del Jurado y siempre que así se hubiera solicitado por la parte que se vio privada ilegalmente de sus bienes, al objeto de evitarle la promoción de un nuevo proceso, sin que en definitiva sea correcto entender que con carácter general la indemnización por la vía de hecho haya de cifrarse en el 25% del justiprecio y ello, entre otras cosas, porque apreciada una vía de hecho, no existe tal justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien, al no existir en realidad una auténtica expropiación forzosa. (S. 25-9-2012, rec. 1229/2009).*”

Como colofón a todo lo expuesto el Tribunal Supremo distingue dos vías de evaluación indemnizatoria. La ordinaria que es valorar el bien al momento de im-

sible devolución y añadir el valor de los daños conforme a las normas de responsabilidad patrimonial, sin añadir el 25%. Y la segunda que se reconoce como un remedio procesal y en la que la jurisprudencia había venido reconduciendo el importe de la indemnización por daños, incluidos los derivados de la falta de procedimiento, a un incremento del justiprecio en un 25% adicional. Se considera que esto no resulta acorde con la naturaleza indemnizatoria de la cantidad pagada y se señala que ya no se puede aplicar tras la entrada en vigor de la Ley 17/2012, sino que por el contrario habrán de ser alegados los daños, probados y cuantificados por el recurrente sin poder fijarlos de manera genérica en ese 25%. Dice en concreto *“Se desprende de ello que en la determinación de la indemnización sustitutoria cuando no es posible la devolución del bien ocupado se siguen dos criterios: La fijación de la indemnización al amparo del art. 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, que es la que procede en términos estrictamente jurídicos... y que se concreta en la valoración del bien,... cuya liquidación conjunta con la indemnización de daños y perjuicios causados por la actividad ilegal, justificados en los términos que exige la disposición adicional LEF, supone la reparación íntegra de las consecuencias de la ilegal actividad administrativa, por lo que,... sobre la liquidación así practicada no perla el incremento del 25 por ciento.*

El segundo criterio consiste en determinar la indemnización compensatoria atendiendo a la valoración asignada por el Jurado cuyo contenido es objeto de cuestionamiento en vía jurisdiccional, incrementada en un 25% , criterio que se aplica a solicitud del interesado y para evitar el planteamiento de otro recurso y que la propia jurisprudencia señala que no es correcto entender que con carácter general la indemnización por la vía de hecho haya de cifrarse en el 25% del justiprecio y ello, entre otras cosas, porque apreciada una vía de hecho, no existe tal justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien, al no existir en realidad una auténtica expropiación forzosa. Con todo, el problema surge porque en la determinación de esa indemnización no solo se atiende al valor del bien, cuya devolución no es posible, sino que el referido incremento del 25% incluye también la indemnización por la vía de hecho, es decir, por los perjuicios derivados de la ilegal actuación, de manera que se produce una valoración global sin precisar el alcance y naturaleza de los daños, lo que ha llevado a que en recientes sentencias, como la de fecha 26 de abril de 2018, dictada en el recurso 2046/16 , se declare que dicho incremento del justiprecio por su carácter indemnizatorio y, aun cuando en principio pueda presumirse en atención a las circunstancias del caso que la privación por vía de hecho puede suponer un perjuicio superior al reparado mediante el justiprecio, cuando se pone en cuestión la existencia de ese perjuicio real y efectivo, es necesario acreditar la realidad del mismo para que la indemnización resulte procedente.

En consecuencia y en congruencia con esa condición de indemnización de daños y perjuicios ha de concluirse, que la viabilidad de la pretensión de indemnización de los mismos, también en el supuesto de solicitud de determinación atendiendo a la valoración asignada por el Jurado incrementada en un 25%, resulta exigible y es necesario acreditar la concurrencia de los requisitos y condiciones establecidos en el art. 139 de la Ley 30/92 (32 y ss Ley 40/15), como exige a disposición adicional de la LEF que estamos examinando.”

F. Valoración crítica

Hay que comenzar señalando que quizá hubiera sido deseable un mayor desarrollo de esta argumentación que viene a cambiar la línea jurisprudencial anterior, aunque bien se puede decir que esa línea es precisamente previa al cambio legislativo y que la cita de este cambio es suficiente justificación de la cuestión. Sin embargo tampoco se hace expresa mención del cambio legislativo como razón del cambio de jurisprudencia, aunque ello se deduce de que se produce al interpretar la Disposición Adicional. Tampoco se puede esperar que se respondan los argumentos de las sentencias de instancia como si fueran los de uno de los recurrentes pero bien es verdad que tan escueta motivación hace necesario indagar un poco más sobre la base del pronunciamiento.

En este sentido me parece especialmente clarificadora la cita de la STS de 26 de abril de 2018. Con ello el TS viene a decir que aunque no se haya expresado de manera directa con anterioridad sobre la cuestión lo dicho en esta no es una novedad total. En efecto ese pronunciamiento se refiere a un supuesto en que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía no había aplicado de manera automática como pretendía el recurrente el aumento del 25% y ello sobre la base de que desde 1996, *“los propietarios no hicieron nada para recuperar unos terrenos que mantenían baldíos y sin ningún tipo de aprovechamiento, hasta que se solicita su expropiación, entendiéndose que solicitar en la hoja de aprecio de 2012 una indemnización por un daño consumado en 1996, es una conducta poco leal con los propios actos y con la confianza generada en la otra parte.”* Y esto, a mi modo de ver, se vincula con la finalidad propia del cambio legislativo que se produce con la introducción de la Disposición Adicional, se trata de evitar el automatismo del 25% para no propiciar abusos como el señalado.

En un principio, pudiera pensarse que la indemnización tenía un matiz cuas sancionador pues no deja de citarse en las sentencias que la aplicaban que no podía tratarse igual el comportamiento de una Administración que actuaba conforme a derecho (la cual pagaba un justiprecio) que la que actuaba al margen del procedimiento. Parece fijarse en el aspecto retributivo del injusto más que en la compensación del daño con esas expresiones. Podría pensarse que quizá el TS al aludir a la naturaleza indemnizatoria de la cantidad como base de esta interpretación de la Disposición Adicional está corrigiéndose en última instancia a sí mismo por haberla entendido con un matiz sancionador. No es posible saber si en, efecto estaba en la mentalidad del TS ese matiz sancionador. A mi parecer se trato de una solución que dio la jurisprudencia a problemas no previstos en la propia legislación, evitando más perjuicios y trámites al interesado. Fundamentalmente se trataba de solventar el problema de los interesados que en un procedimiento de urgencia no habían sido notificados adecuadamente y no se les había permitido defenderse del hecho expropiatorio habiéndose limitado este derecho a pedir la

correspondiente indemnización, y a los que se les quería evitar la prolongación procesal de sus pretensiones. Otro mérito no menor que hay que reconocer a esta doctrina es el de objetivar el daño haciendo previsible la indemnización, pero esto sólo se logra a costa de la justicia del caso concreto. Finalmente habría argumentos para sostener que, si todos los ciudadanos somos esencialmente iguales ante la ley, la indemnización que se nos diera cuando la administración no cumple con la ley debería ser igual para todos siendo igual la infracción legal, para no inaplicar el principio de igualdad.

A pesar de estas bondades, con el tiempo esta doctrina ha sufrido el retorcimiento en la práctica como se pone de manifiesto en la Sentencia de 26 de abril de 2018 al ser utilizada por quien no tenía, ni tuvo jamás ninguna intención de evitar la expropiación, no reaccionó contra las nulidades de la misma y se limita a esperar que pase el tiempo para acumular a los intereses de demora el 25%, que se supone que indemnizaba un daño que en apariencia no ha sufrido.

En definitiva el Tribunal Supremo se encuentra ante una de las limitaciones en su labor de remoción de la Ley de 1954, remoción que en su momento pasó por reconocer un plus de indemnización, automáticamente valorado, en favor de los perjudicados por las vías de hecho y que hoy pasa por evitar los abusos que produjo el reconocimiento automático del 25%. Esta labor en principio no tenía el claro límite legal que hoy le impone la Disposición Adicional. En efecto se podría haber aludido al carácter especial de la norma expropiatoria frente al general de las leyes de procedimiento para justificar este especial tratamiento que durante años han tenido estos supuestos. En este contexto la doctrina protectora de los legítimos intereses del despojado se refina y se depura de modo que ante una vía de hecho deberá recibir una indemnización, que será probablemente mayor que la que recibiría de haberse expropiado de manera regular, porque probablemente un procedimiento correcto por más garantista produce menos daños que una vía de hecho, pero no de manera automática. Será, probablemente mayor la indemnización porque si el expropiante tenía la intención de que el bien se le devolviera, la no devolución produce mayor daño pero igualmente será necesario alegarlo y acreditarlo. El nuevo equilibrio no supone desproteger al expropiado frente a la lesión mayor infligida pero sí que le desplaza la carga de la alegación y la prueba, lo que siendo lógico y coherente, con el artículo 217 LEC no deja de ser paradójicamente un balón de oxígeno para la Administración y redundará sin duda en una situación de agravio comparativo entre el gran expropiado que contará con los servicios que le procuren una justificación de los daños mientras que expropiados más modestos tendrán menos medios para abordar esta carga con iguales garantías.

G. La interpretación del Tribunal Supremo de la Disposición Adicional de la LEF

Sobre esta base la Sentencia del Tribunal Supremo fija la interpretación señalando: *“TERCERO Fijación de la interpretación de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa. Todo lo expuesto lleva a considerar razonable la interpretación que se defiende por la Administración recurrente de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre (RCL 2012, 1763 y RCL 2013, 235), de Presupuestos Generales del Estado, en el sentido de que, sin perjuicio de la devolución del bien ocupado o la fijación de la correspondiente indemnización sustitutoria al amparo del art. 105.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1998, 1741), para el reconocimiento del derecho del expropiado a ser indemnizado en el caso de nulidad del expediente expropiatorio de los daños y perjuicios derivados de la actividad anulada, es preciso que se justifique la realidad del daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 de la Ley 30/92 (arts. 32 y ss Ley 40/2015).”*

Como decimos la aplicación de esta doctrina no tiene por qué suponer dejar sin protección a los supuestos en que se haya producido un daño adicional pero será necesario alegarlo y probarlo porque la doctrina jurisprudencial anterior se encuentra con el tope de la nueva ley y de que una indemnización sin justificación sobre la base del daño moral que produce la privación del bien sólo cabe en el concepto de premio de afección que ya está fijado legalmente en un 5% sin que se pueda por los Tribunales sobrepasar este porcentaje en este concepto. Así señala que *“la interpretación efectuada en la sentencia recurrida no se ajusta a la que se acaba de exponer, reconociendo una indemnización de daños y perjuicios por la ocupación ilegal, vía de hecho, cuya realidad y efectividad no se ha justificado por la parte recurrente, sin que pueda exonerarse de dicha exigencia por la presunción de daño moral o aflictivo que la Sala entiende derivado del reconocimiento legal al efecto del 5% en la fijación del justiprecio pues, además de que dicho porcentaje ya se tiene en cuenta al fijar el valor de los bienes y figura en la liquidación efectuada en la sentencia, si se pretende una indemnización más allá de la prevista en la norma, necesariamente habrá de justificarse esa mayor aflicción o daño moral cuya indemnización se pretende.”*

H. Cuestiones que abre, o deja abiertas, esta sentencia

Por un lado se abrió una cuestión en la STJCM sobre una posible contradicción entre la Disposición Adicional de la LEF en la interpretación que pretendían los recurrentes y que finalmente el TS ha acogido y las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH en adelante. Consideraba la sala que *“interpretar esta norma en el sentido de que proscribiera en lo sucesivo la aplicación de la indemnización del 25 % por expropiación ilegal resultaría directamente contrario a la doctrina que deriva de la Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 6 octubre 2015 (Caso Pellitteri y Lupo contra Italia)”*. Es cierto que el Tribunal Supremo no ha dado respuesta a tal debate.

En apariencia, podría llegar a pensarse que dicho peligro no es real. La citada sentencia concede a tanto alzado una cantidad de 6000 euros en concepto de daño moral pero lo hace sobre la base de que el gobierno de turno niega cualquier indemnización por daño moral. Es decir que agotadas todas las vías internas el TEDH reconoce una indemnización, por cierto sensiblemente inferior a la solicitud a de 180.000 euros, porque desde el punto de vista procesal no es de recibo mandarlo a que se la fijen en la jurisdicción interna, y desde el punto de vista sustantivo porque se negaba la indemnización de un daño moral sufrido consistente en el “*el sentimiento de impotencia y de frustración provocado por la desposesión ilegal de su bien,...*”. No es el supuesto exacto que se produce aquí porque la jurisprudencia del TS no dice que el daño moral derivado de la privación ilegal no deba ser indemnizado sino que debe ser alegado y probado. Por tanto en apariencia no debería suponer una contradicción con la doctrina emanada del TEDH.

Sin embargo lo cierto es que la Disposición Adicional está planteado que el daño moral que se produce sobre un ciudadano por no respetar la ley puede no existir, y no ser igual para todos los ciudadanos. Por eso no vale la aplicación del 25% automático. Si todos los ciudadanos son iguales ante la ley es lógico pensar que todos son igualmente dañados cuando no se respeta la ley en su aplicación al sujeto, y que, por tanto, no se puede entender que unos sufren un daño moral mayor que otros, ya que eso significaría tasar de manera diferente la dignidad de cada ciudadano, porque en definitiva lo que ese daño moral comporta es un daño a la condición ciudadana. En contra de esto podría argumentarse que el daño no es tanto a la condición ciudadana, en la que todos somos esencialmente iguales, sino en la conciencia ciudadana que depende de cada uno y que hace que sufran más las injusticias quienes tienen más conciencia del abuso. Esta cuestión se cierne sobre la no aplicación igualitaria de la indemnización, pero a mi modo de ver hay que ponderarla en sus justos términos. Hecha abstracción del daño moral que supone la privación coactiva ilegal, en la que existe el problema que hemos expresado para fijar diferencias, hay otros campos en que no debería haber tanta dificultad. La STJCM entiende que todo lo que se indemniza es un daño moral que viene a suponer en su concepción un premio de afección complementario, pero lo cierto es que la privación por el hecho de ser ilegal puede afectar de modo diferente a las situaciones jurídicas de cada individuo pues no está en la misma posición quien en modo alguno reacciona contra la ocupación ilegal y sólo hace valer el vicio de nulidad en el expediente de justiprecio al objeto de aumentarlo que quien verdaderamente reaccionó contra la ilegalidad en su momento, o quien no tuvo oportunidad de hacerlo por el vicio. Diferentes vicios de nulidad pueden producir diferentes daños, y los afectados pueden estar en distintas posiciones lo que justifica que haya cuantías no uniformes. Dado lo anterior, sin embargo me parece muy difícil establecer diferencias en cuanto al daño moral que supone la privación

ilegal de la propiedad entre un ciudadano y otro y por ese lado creo que queda en pie un ápice de sombra.

Otra cuestión que se plantea es que esta doctrina altera un equilibrio en materia expropiatoria que habría que calificar como perverso. Desde este punto de vista es de alabar tal cambio pero no puede dejar de advertirse que sobre este punto es posible que se genere otro equilibrio que quizá conlleve nuevos problemas. En efecto con este mecanismo se establecía un cierto equilibrio entre el ciudadano al cual se le privaba de su derecho de manera ilegal y el interés público en mantener la obra. Es un equilibrio cómodo pero perverso. No en vano se basa en partir de no reconocer a los expropiados su derecho a la devolución a cambio de una indemnización automática y relativamente importante. Pero el pago de esa indemnización no satisface el derecho de quien legítimamente quiere que se devuelva lo expropiado, y el pago de la indemnización corresponde al general de los contribuyentes, que es cierto que se aprovechan normalmente de la obra pública realizada con los terrenos usurpados, pero que no tienen ninguna relación con la producción de los vicios de nulidad que daban lugar al incremento del coste en un 25% sin ninguna repercusión sobre los gestores que han provocado la situación. En todo caso como dice la STSJCM era *“una razonable válvula de escape”* que hacía que la gran mayoría de los expropiados, no reclamaran la devolución in natura del terreno. Al haberse eliminado esta válvula de escape, el equilibrio desaparece, y será sustituido por otro.

Este nuevo equilibrio surgiría de un hipotético aumento de las peticiones de devolución in natura puesto que este será un criterio para evaluar el daño producido y habrá que analizar si hay real imposibilidad de devolución, lo cual hasta ahora es una cosa que prácticamente se da por supuesto, pero que no tiene porque ser así y que deberá dar lugar a una sólida motivación en la que habrá que ponderar el daño al interés general que produce la restitución de la obra y el que produce sobre los propietarios afectados su mantenimiento. En efecto, no es tan claro que deba prevalecer ese interés general cuando enfrente estén los intereses no de un propietario sino los de un buen número de los afectados por la expropiación en línea, máxime si la supuesta obra de interés general es por ejemplo una autopista de tan escaso uso que ha sido objeto de rescate y medidas de subvención para estimular un uso que no tiene. Como señala la propia STSJCM *“una cosa es que la devolución sea costosa o provoque trastornos y otra muy distinta que sea imposible material o legalmente, que es lo que el art. 105 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa exige para dejar sin efecto una sentencia cuyo efecto inmediato, si anula la expropiación, es dar lugar a la devolución del bien. Y si trastorno provoca que se levante una obra pública realizada, no lo provoca menos el que el Estado prive ilegalmente a sus ciudadanos de sus bienes y después no se los devuelva pese a que un tribunal así lo declare, y todo ello sin ninguna consecuencia.”*

4. Conclusión

En conclusión lo que esta Sentencia del Tribunal Supremo nos pone de manifiesto es que el problema sobre las endeble garantías del interesado en el procedimiento de urgencia pueden recibir tratamiento jurisprudencial, pero que ese tratamiento ya no puede llegar a la inclusión automática del 25% en el justiprecio por ser contraria a una norma en vigor, ya que en definitiva, como sucede con toda actuación judicial su límite se encuentra en el principio de legalidad.

Relacionada con el mismo problema de que en el procedimiento de urgencia no se de una buena defensa de los derechos del expropiado se encuentra también la segunda Sentencia del Tribunal Supremo que pasamos a estudiar. Curiosamente se trata de una Sentencia de 26 de junio de 2018, muy próxima también en el tiempo a las que hemos estudiado en primer lugar, y curiosamente también se interpone frente a una sentencia dictada por el TSJCM. El ponente en este caso es el Excmo. Sr. Magistrado Herrero Pina que también fue ponente de la de 26 de abril de 2018 que se encuentra en la base de las sentencias que hemos analizado en primer lugar.

III. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LOS PROBLEMAS GENERADOS POR LA PRÁCTICA DEL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA

1. Fijación del problema: Garantía de alegaciones de fondo en el procedimiento de expropiación de urgencia cuando la información pública es posterior a la implícita declaración de necesaria ocupación

En este caso el problema que se plantea es el siguiente. En el procedimiento de urgencia conforme a los artículos 52 LEF en relación con 18 y 19 LEF es posible que el trámite de información pública sea posterior a la declaración de necesidad de ocupación. Desde el punto de vista de la garantía de los derechos del expropiado se ha puesto de manifiesto las dificultades que tiene esta posibilidad para hacer reales las posibilidades de que salgan adelante alegaciones contra la necesidad de ocupación o la existencia de otros bienes más adecuados que los expropiados. La razón para ello es que el Plan que traza la infraestructura ya estaba previamente aprobado y difícilmente cabe pensar en su modificación a lo que se une que es normal que a la vez que se abre el periodo de alegaciones se cite en plazo breve de quince días para levantar el acta previa a la ocupación, lo que supone que en tan escaso tiempo no es esperable una resolución en forma de las alegaciones que quedan reducidas a una garantía ilusoria.

El TSJCM había mantenido, para evitar estos perjuicios, en sentencias anteriores que no era posible el trámite de información con posterioridad a la declaración de necesidad de ocupación y con ello, en esos casos, declaraba la nulidad del procedimiento expropiatorio y en consecuencia aumentaba indemnización en un 25% sobre el justiprecio fijado por el jurado. La razón en que se basaba para ello es que el derecho de defensa de los expropiados era ficticio porque se le obligaba a hacer alegaciones sobre un proyecto ya aprobado y por tanto sin posibilidades reales de ser acogidas. El Tribunal Supremo dictó sentencia en que sentó que la doctrina del TSJCM era contraria a derecho y que, por aplicación literal de las normas más arriba citadas, era obligado admitir la legalidad del trámite de información pública realizado con posterioridad a la declaración de necesaria ocupación. Es en esta tesitura en que la sala del TSJCM se ve de nuevo ante un caso en que se produce la invocación de nulidad de procedimiento expropiatorio por ser este posterior a la declaración de necesidad de la ocupación. Y dicta sentencia otra vez intentando proteger la garantía eficaz de unas alegaciones sobre el fondo de la expropiación.

Aunque el Tribunal dice que le es obligado acatar la doctrina del Tribunal Supremo intenta introducir un matiz, el mismo lenguaje nos adelanta ya cual será el sentido real de su decisión. En concreto señala: *“1.º.- El art. 52.1 LEF establece que en la expropiación urgente “Se entenderá cumplido el trámite de declaración de necesidad de la ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados, según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente, y dará derecho a su ocupación inmediata”. En este mismo sentido se pronuncia el art. 6.2 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. Ahora bien, según añeja jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994, 6 de marzo de 1997 o 14 de noviembre de 2000, entre otras innumerables), eso sólo será así cuando en la tramitación del proyecto haya habido un trámite equivalente al que regulan los arts. 18, 19 y 20 de la LEF. Pues en otro caso habrá de hacerse posteriormente. Aquí debemos rectificar cualquier declaración en la que podamos haber indicado que el trámite no puede ser posterior a la aprobación del proyecto, matizándola en el sentido de que sí puede serlo, según declara el Tribunal Supremo, sin perjuicio de que manifestemos que a nuestro juicio una información pública posterior a la aprobación del proyecto tiene poco sentido real, pues enfrenta al expropiado a la carga de lograr que la Administración modifique un proyecto que ya ha aprobado, cuando lo que habría que garantizar es la posibilidad del afectado de alegar antes de que se apruebe el proyecto, participando así en la aportación de elementos para una decisión correcta. No obstante, por acatamiento a la doctrina del Tribunal Supremo, admitimos el planteamiento de la posibilidad de información pública posterior al proyecto.”*

2. La doctrina de la STSJCM

A continuación el TSJCM matiza su aceptación de tal doctrina. Y el matiz que establece, y que supone una variación sustancial de lo dicho por el Tribunal Supremo es el siguiente: Por un lado admite que es posible una información pública

posterior a la aprobación del proyecto que implica la declaración de interés general, y de necesaria ocupación a efectos aplicar el procedimiento de urgencia. Por otro lado, señala que, en estos casos, la información posterior lo que pone de manifiesto es que no hay una declaración de necesaria ocupación y, en consecuencia, que esta declaración debe realizarse expresamente y debe ser notificada a los expropiados para que puedan hacer alegaciones. Y ello siempre que se trate de una información pública completa, no meramente del Plan conforme a su normativa sectorial, y que además las alegaciones sean plenas y no sólo a efectos de corregir errores, pues si no fuera así, también sería nula dicha actuación.

Para llegar a esta conclusión se basa en una interpretación del derecho a notificación que la Sala había hecho valer en una sentencia anterior que había sido recurrida en casación, siendo el recurso inadmitido, lo que parece que la Sala de TSJCM quiere convertir en un forzado aval de su doctrina. Señala en concreto: *“No obstante, no es menos cierto que el Tribunal Constitucional ha considerado que art. 105 CE no reclama que la apertura de este trámite se notifique personalmente a los interesados, incluso aunque sean conocidos sus domicilios (auto del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2016, que inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad de esta Sala a ese respecto). Que no lo exija el art.105 no quiere decir que no pueda ser exigible por aplicación de las normas procedimentales comunes que no se conforman con la mera publicación en boletines (art. 58 y 59 de la Ley 30/1992), tal como declaramos en sentencia de 15 de septiembre de 2015 (que, recurrida en interés de ley ante el Tribunal Supremo por el Abogado del Estado, ha dado lugar a sentencia del Tribunal Supremo de inadmisión de 19 de octubre de 2016, rec. 3936/2015); pero, en cualquier caso, esta cuestión no es objeto de alegación en el caso de autos, donde solo se invoca la falta de información pública y la falta de notificación de la declaración de necesidad de ocupación; aunque sí que el interesado se permite calificar, con toda razón, el sistema edictal de “modestísima” garantía.*

5º.- Tras la información pública así verificada, es obligado que la Administración dicte expresamente el acto de declaración de necesidad de ocupación, según reclama el art. 18 LEF, pues la necesidad de ocupación que podía haber implicado la aprobación del proyecto según el art. 52 LEF no la implicó, como ya dijimos en el punto 1º. Tras el siguiente punto 6º justificaremos más específicamente esta afirmación.

6º.- Una vez dictada la resolución que declara la necesidad de ocupación, es necesario que se notifique personalmente esa resolución al interesado, según exige el art. 21 LEF. Como toda notificación, deberá ir acompañada de la indicación de los recursos procedentes (en principio, alzada, art. 22; después, recurso contencioso-administrativo, pues la prohibición a que alude el art. 22.3 ha de considerarse derogada por el art. 24 CE; prohibición que es sintomática de la época en que se dictó la ley y del nivel del respeto a las garantías jurídicas del expropiado que preside sus preceptos).

Los anteriores puntos 5º y 6º derivan de abundante doctrina del Tribunal Supremo que exige la notificación personal de la declaración de necesidad de ocupación (y mal podrá notificarse si no se

ha dictado antes): sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2000, 24 de abril de 2003, 20 de septiembre de 2006, 21 de abril de 2009, 17 de febrero de 2010 o 14 de noviembre de 2011.”

Señalar, para no caer en equívocos, que las sentencias del Supremo citadas por la del TSJCM dicen con carácter general, como no puede ser menos, que es necesaria la notificación de la declaración de necesaria ocupación pero no se referían a los supuestos en que esta estaba implícita por haber aprobado un Plan y haberse seguido una información que permitía a las partes alegar sobre el fondo y no sólo sobre errores y que se pronunciaba sobre la información de la expropiación y no sólo sobre la información genérica del proyecto de obra pública del que se tratase. En definitiva si se me permite se estaba trayendo a colación de manera forzada una jurisprudencia que no se había pronunciado sobre este supuesto.

Sobre esta endeble base el TSJCM saca las siguientes consecuencias: “1º.- *Si no hay trámite de información pública previo a la declaración de necesidad de ocupación, dicha declaración es nula de pleno derecho y por tanto también la expropiación. Esto lo ha declarado innumerable jurisprudencia del Tribunal Supremo que no es preciso recordar. Esto incluye los casos en los que no se dé el trámite, se dé sin relación de bienes y personas afectadas, se dé sobre proyectos inconcretos o se dé con la mera posibilidad de subsanar errores.*

2º.- *Si, habiendo habido información pública, sin embargo, con posterioridad a la misma, la Administración no llega a completar el trámite de declaración de necesidad de ocupación con el dictado de una resolución...la ocupación es nula de pleno derecho...*

3º.- *Si la resolución de declaración de necesidad de ocupación sí se dicta, pero no se notifica personalmente al interesado (según reclama el art. 21 LEP y la doctrina del Tribunal Supremo ya citada más arriba) y con la debida indicación de recursos, la ocupación también es nula, con las mismas consecuencias.”*

Como corolario de lo anterior la STSJCM declaró la nulidad de procedimiento por no haberse producido la declaración de necesidad de ocupación y no haberla notificada a los expropiados tras el trámite de información pública aumentando la indemnización en un 25% por ser nula de pleno derecho.

3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018. El objeto del recurso de casación

Contra esta sentencia se alzó en casación la beneficiaria de la expropiación. En este caso la recurrente no hizo valer la Disposición Adicional introducida por la Ley 17/2012, sino que se dirige contra el núcleo de la decisión de TSJCM al señalar que se estaban añadiendo al procedimiento expropiatorio de urgencia dos trámites que no eran exigibles legalmente. Y por ello el TS al fijar el objeto del recurso de casación señaló: “*la cuestión que precisa ser esclarecida consiste en: “determinar si la apertura del trámite de*

información pública en el procedimiento expropiatorio de urgencia con posterioridad a la aprobación del Proyecto, supone que tal aprobación ya no lleva implícita la declaración de necesidad de ocupación y debe producirse una posterior declaración y notificación personal a los afectados, cuya omisión determina la nulidad de pleno derecho del expediente expropiatorio. A cuyo efecto y en principio serán objeto de interpretación los artículos 17, 18, 20 y 52 de Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su Reglamento, así como el artículo 6 de la Ley 39/2003 de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.”

El Tribunal Supremo señala en primer lugar cuales deben ser las bases de la respuesta y para ello se va a la misma sentencia que invoca la STSJCM de la que hace una interpretación auténtica. Así, en relación a la sentencia de 2 de febrero de 2015, se señala que el acuerdo de necesidad de ocupación debe ser precedido del trámite de información pública en el procedimiento ordinario. Añade que en dicho trámite los afectados pueden oponerse por motivos de fondo o de forma a la necesidad de ocupación, y pueden indicar las razones por las que consideran preferente la ocupación de otros bienes o la adquisición de otros derechos distintos que no implique la expropiación de sus bienes. A continuación recoge como en los procedimientos de urgencia la jurisprudencia ha afirmado que el trámite de información pública sigue siendo necesario aunque no requiere que tenga carácter previo. Continúa recordando como este trámite *“no queda suplido por el trámite de información pública que prevén determinadas leyes sectoriales respecto del proyecto que se pretende ejecutar... cuando el trámite previsto en la ley sectorial se refiere a las características generales de la carretera proyectada, no a las concretas fincas que se deberán expropiar para su construcción; es decir, esos trámites versan sobre la oportunidad de la obra que justifica la expropiación, no sobre bienes determinados. De aquí que los afectados no puedan por esos trámites defender sus intereses de la misma manera que pueden hacerlo mediante el trámite de información pública del art. 18 LEF, que sí versa sobre la relación de bienes cuya ocupación se considera necesaria. Y por ello también se descartaba que el trámite previsto en el art. 19.2 LEF sirva para este fin, en cuanto permite sólo la corrección de errores del proyecto de obras que lleva aparejada la declaración de necesidad de ocupación, pero no permite alegar nada con respecto a la necesidad de ocupación misma.”* En definitiva el Supremo está conforme en que debe haber una garantía real y no meramente ilusoria del derecho a hacer alegaciones conforme a los artículos 18 y 19.1 LEF.

La finalidad de esta doctrina es evitar la indefensión material pero igualmente recuerda el Tribunal Supremo que la doctrina de las invalideces es meramente instrumental y no una finalidad en sí misma. Por ello si se salvaguarda el derecho del expropiado a hacer alegaciones de fondo lo esencial está cumplido. Es más el Tribunal señala como es posible que la información se haga a la vez que se convoque a los interesados al acta previa a la ocupación. Se trata de dos actos consecutivos, y lo esencial es que los interesados puedan hacer sus alegaciones. Si en ese plazo de quince días el expropiante no da respuesta a sus alegaciones estaremos ante otro vicio pero que no afectará a la declaración implícita de necesidad de ocupación. En

definitiva admitir como pretende la sentencia recurrida que si hay información con posterioridad a la aprobación del plan este no conlleva la declaración implícita de urgente ocupación y por tanto que hay que hacer una nueva declaración y notificarla es añadir al procedimiento trámites no previstos legalmente lo que está vedado a la jurisprudencia, llegando a calificar esta actuación como “interpretación creativa”. En concreto señala: *“Se declara por lo tanto la regularidad del procedimiento expropiatorio, cuya declaración de necesidad de ocupación resulta del acto de aprobación del correspondiente Proyecto, aun cuando el trámite de información pública se haya producido con posterioridad, siempre que este trámite cumpla con las exigencias establecidas en los arts. 18 y 19 de la LEF, sin que en ningún momento se haya planteado en tales sentencias que esta realización posterior del trámite de información pública prive al acto de aprobación del proyecto de tal efecto implícito de declaración de necesidad de ocupación, pues, de una parte, resultaría contrario a la propia interpretación y apreciación de validez de la información pública, que supone considerarla hábil a los efectos que la ley de atribuye respecto de la necesidad de ocupación, para entender seguidamente que su falta de realización previa priva de efectos a tal declaración de necesidad de ocupación;...y, finalmente, carece de justificación y fundamento una interpretación del procedimiento expropiatorio que lleve a su modificación, desconociendo las determinaciones establecidas por el legislador e introduciendo exigencias no previstas por el mismo. En otras palabras, la resolución de la cuestión del momento procedimental en el que ha de llevarse a cabo el trámite de información pública en los procedimientos de expropiación urgente, no se sustancia, en contra de lo sostenido por la Sala de instancia, mediante la modificación del procedimiento legalmente establecido introduciendo nuevos trámites o duplicando los existentes, que supondría una interpretación creativa que no se recoge ni desprende de la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia.”*

4. Conclusión

En definitiva es cierto que, con carácter general, pocas veces se estiman las alegaciones de los interesados en contra de la necesidad de la ocupación, e igualmente cierto es que más improbable parece que esto salga adelante cuando a la vez que la Administración da trámite de alegaciones cita a los posibles alegantes para acta previa a la ocupación en el breve espacio de quince días. Sin embargo la respuesta jurisprudencial a este problema, una vez más, está limitada por el principio de legalidad como, una vez más, pone de manifiesto el Tribunal Supremo. Y en todo caso no sólo no se pueden inventar soluciones sino que tampoco se pueden adelantar soluciones a problemas previsibles. Si el problema es que no se da adecuada respuesta a las alegaciones habrá que impugnar el acto correspondiente y si eso lleva a que sólo sea posible tras la construcción de la obra habrá que plantearse si es posible o no deshacer la obra para restituir, pero no cabe adelantarse pensando que como no va a ser posible, de facto, restituir el bien la solución es introducir, vía jurisprudencia, dos requisitos adicionales en el procedimiento. La única vía para introducir estos requi-

sitos, u otros como exigir un plazo mayor de audiencia, o para solucionar cualquiera de los problemas que genera el procedimiento expropiatorio de urgencia pasa por la reforma de la Ley.

IV. EPILOGO

Retomamos en el final la reflexión inicial sobre la necesidad de abordar las deficiencias de nuestro procedimiento expropiatorio. La jurisprudencia hace su papel¹², pero hay más implicados.

Es cierto que la preocupación pública, al menos la no especializada, no tiene entre sus prioridades la situación de la expropiación forzosa en España, y que en este ámbito se le están dando más transcendencia a cuestiones menores como todo lo que tiene que ver con la protección de datos y la transparencia o determinadas normas sectoriales. Es cierto incluso que la doctrina especializada no está en estos momentos centrada tampoco en el tema de la expropiación. Hasta cierto punto, con razón, pues el legislador ha parido las leyes 39 y 40, que están dando todo tipo de problemas y el tiempo que queda es para los que da la contratación pública. Sin embargo la doctrina siempre ha sabido elevar su mirada sobre la que tienen los extraños y el legislador para centrarse en temas esenciales para la dogmática como lo demuestra la creciente producción doctrinal en torno al tema de la invalidez de los actos y disposiciones.

Es hora de volver a centrarnos en la expropiación. La situación en la que se encuentran miles de españoles privados de su propiedad sin el respecto de determinados elementos esenciales del procedimiento y que esperan años, sin que sea raro que estos superen los diez, para cobrar una indemnización merece nuestra atención¹³. El

¹² En seguimiento de la jurisprudencia en esta materia CARRILLO DONAIRE y FONO FONCUBIERTA publican con cierta regularidad en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, REDA una detallada y especializada crónica.

¹³ Quizás la más cruda expresión de la urgente necesidad de ocuparse de estos temas la hizo FERNÁNDEZ, T. R. (2005) al señalar que *“La expropiación forzosa es en la actualidad la vergüenza del Derecho Público español. En ninguno de los países de nuestro entorno es tan fácil privar a un ciudadano de su propiedad como en el nuestro. La declaración de utilidad pública o interés social de la causa legitimadora del ejercicio de la potestad expropiatoria se entiende hoy implícita como regla general en cualquier actuación de las Administraciones Públicas a resultas de la proliferación de Leyes sectoriales que así lo establecen, lo que ha terminado por eliminar pura y simplemente lo que la Ley general de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 calificó de auténtico presupuesto, de requisito «indispensable» de toda operación expropiatoria, calificación que hoy resulta directamente del artículo 33 de la Constitución. Otro tanto ha ocurrido con el trámite de necesidad de ocupación, que también hoy se considera implícito en la aprobación por la Administración de cualquier plan o proyecto, lo que impide a radice cualquier debate sobre la posible existencia de otras alternativas diferentes a la contemplada por aquéllos y, por supuesto, sobre la extensión del sacrificio patrimonial que en cada caso pretende imponerse. Ni el quid ni el quantum previamente decididos por la Administración pueden discutirse. A tal extremo han llegado las cosas que, en la práctica, la primera noticia que recibe —cuando la recibe— el que va a ser privado de su propiedad es una simple notificación de que tal día y a tal hora se procederá, en la oficina de la Administración que se indica, al levantamiento del acta previa a la ocupación de sus bienes*

abultado volumen de los intereses moratorios que engrosan el coste de nuestras obras públicas en cuantías inmensas merece nuestra atención. Hay que retomar el impulso que en la legislatura de 2000-2004 llevó a hacer un serio balance de las deficiencias que en el procedimiento expropiatorio se dan, y de proponer las soluciones legislativas necesarias. No aspiro a tener mucho éxito en esta labor cuando las voces más autorizadas de nuestra doctrina lo han manifestado alto y claro, sólo puedo aspirar a reavivar el eco de las voces de esos gigantes con la esperanza de que vuelva a crecer. La jurisprudencia hace su labor pero con la limitación implícita del principio de legalidad. La doctrina tiene que retomar su preocupación por el tema, y poner sobre la mesa la problemática, con la inocente esperanza de ser oídos alguna vez por el legislador. Y los gestores públicos también pueden hacer mucho en esta labor, pues como veremos, mejorar la gestión de la expropiación forzosa puede exigir reformas legales para determinadas cosas pero para otras muchas sólo exige una mayor diligencia, medios y organización. No olvidemos que el último intento de reforma de la LEF surge a consecuencia de informes de la Inspección General de Servicios y de la Intervención General del Estado que pusieron de manifiesto las deficiencias del procedimiento con el sobrecoste en concepto de intereses, siendo el Defensor del Pueblo quien más ha incidido en la disminución de garantías para el expropiado. No he hallado ningún informe del Tribunal de Cuentas, ni en el caso de Andalucía de la Cámara de Cuentas sobre esta materia. Se trata de una cuestión que afecta tanto a los derechos de los expropiados, que es la parte más lamentable, como a los aspectos financieros de las grandes obras públicas por lo que no es descartable que en algún momento se produzca un informe sobre esta materia, lo que quizá también ayudaría a poner esta cuestión en primera fila como sucedió con la cuestión de los convenios de colaboración.

Se trata de una cuestión que obviamente excede el ámbito de un epílogo en el seno de un comentario jurisprudencial y que merece cuando menos un estudio monográfico. No obstante y sin perjuicio de esa labor, a la que todos estamos convocados, sí que se pueden adelantar aquí la mención a algunos de esos otros problemas que se dan en la legislación de expropiación forzosa y que son aspectos sobre los que la jurisprudencia es menos eficaz puesto que se encuentran en el ámbito del legislador o el del gestor público. Desde este último punto de vista hay que poner de manifiesto

para la ejecución de un proyecto de obras del que nunca antes de ese momento se le había dado la más mínima información. El expropiado conoce así la expropiación de la que está siendo víctima cuando ésta ya está consumada y no le queda otra cosa que discutir el justiprecio, discusión que, además, si la expropiación ha sido declarada urgente, como también es habitual, tendrá lugar una vez producida la desposesión. Esto —insisto— no ocurre en ningún país civilizado. Y no es consecuencia de la Ley general de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, ni de su Reglamento, sino del vaciamiento de las exigencias y de las garantías que aquélla y éste establecieron por las Leyes posteriores, preconstitucionales muchas de ellas ciertamente, pero también posteriores a la Constitución vigente, porque el legislador democrático no ha demostrado tener mayor sensibilidad en este punto que el antiguo Caudillo. En lo que acabo de decir no hay la más mínima exageración.”

en que la gran mayoría de autores reconoce que muchos de los problemas de la Expropiación Forzosa no están en la propia ley sino en una aplicación práctica abusiva en contra de las garantías del administrado.

Así que con la modesta intención de perpetuar el eco de esas grandes voces que ya han ido advirtiendo sobre estos temas me atrevo a terminar enumerando sin orden ni concierto cuestiones pendientes como: la necesidad de acercar el momento de la ocupación y el pago efectivo, disminuyendo los intereses de demora y evitando situaciones de angustia en los expropiados; acabar con la lentitud de las decisiones de los jurados y comisiones de valoración, su falta de medios y de dedicación exclusiva; necesidad tomar medidas para garantizar la coordinación de sus labores aprovechando mejor los efectivos y logrando cierta homogeneidad en la valoración de las expropiaciones determinadas por grandes obras en línea; imponer, quizá, un sistema de tercer perito de designación judicial como medida para reducir la litigiosidad contra los acuerdos de los jurados y comisiones de valoración; abordar con medidas legislativas y organizativas la falta de coordinación entre la fase de planificación de la obra pública con la expropiación posterior que conlleva que esta se lleve a cabo sobre una base documental deficiente que deriva en faltas de notificaciones y consiguientes nulidades; atajar el abuso del procedimiento de urgencia; hacer efectiva la necesidad de imponer el pago con carácter previo a la ocupación, incluso en el caso del procedimiento de urgencia, o como mínimo elevar la cuantía del irrisorio depósito previo que hace que el expropiado no sólo pierda su propiedad sino que financie la obra pública, cuando no, peor aún, financie la actividad del beneficiario; afrontar la regulación de los efectos de la insolvencia del beneficiario que hasta ahora se hacen recaer en la expropiante lo que es tanto decir como que recaen en los contribuyentes; la necesidad de reducir al máximo las declaraciones implícitas de utilidad pública a efectos de urgencia y necesaria ocupación; determinar con exactitud cual es el hecho expropiatorio; fijar cuando se produce el traspaso de propiedad en el procedimiento de urgencia; la prescripción de los intereses moratorios...

Detrás de estos abstrusos temas se encuentran personas que se han enterado de que van a ser privados de sus bienes cuando los citan al acta previa de la ocupación y a veces ni eso, que esperan años para que se haga efectivo el pago, se encuentran los intereses de ciudadanos que necesitan de la pronta ejecución de la obra, los empleados públicos que ven multiplicado su trabajo, y finalmente los contribuyentes que ven como el coste de la expropiación se duplica o incluso más como consecuencia de los intereses moratorios. La propiedad es una de las bases de la libertad y la prosperidad, no hace falta ser un terrateniente para verse afectado por una expropiación de hecho son los pequeños propietarios los más afectados y los más indefensos, la preocupación por esta institución no puede ser entendida como un intento de protección de una clase privilegiada sino que por el contrario es la protección de un derecho esencial

que tiene la inmensa mayoría de la población española dueña como mínimo de su vivienda, y que en todo caso no deja de ser un derecho humano que también ha de protegerse cuando afecta a quienes más tienen pues su contribución al bien social ya se hace a través de los impuestos sin que sea pensable ni deseable que la despreocupación por esta institución provenga de la equivocada idea de que sólo afecta a ricos o que estos no merezcan, como cualquiera, la protección que la Constitución nos dispensa a todos por igual.