

PROBLEMAS DERIVADOS DE LA EXPROPIACIÓN POR LA VÍA DE URGENCIA A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA*

M^a ANTONIA ARIAS MARTÍNEZ

Axudante da Área de Dereito Administraivo

Facultade de Dereito

Universidade de Santiago de Compostela

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA EXPROPIACIÓN URGENTE

Los rasgos caracterizadores básicos del instituto expropiatorio se encuentran definidos en el artículo 33.3 del Texto Constitucional. Según el tenor literal de este precepto, “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. En esta disposición se pone de manifiesto el doble contenido que encierra la mencionada institución: (i) una potestad expropiatoria en manos de la Administración y (ii) una garantía patrimonial para los administrados. En consecuencia, cabe sostener que si bien la expropiación supone el “sacrificio de una situación dominical específica ante intereses públicos superiores [...] tal sacrificio se reduce al mínimo al no acarrear la pérdida del contenido económico de la situación sacrificada, contenido que es simplemente sustituido por un equivalente dinerario para que la carga pública que la extinción de la propiedad supone no recaiga sobre la sola persona del afectado y se reparta entre toda la colectividad, a través del sistema fiscal que nutre los fondos de que la indemnización procede”¹. De este modo la indemnización expropiatoria o justiprecio se configura como un elemento esencial del instituto expropiatorio cuya característica más notoria a la que hace referencia expresa la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto PGIDT99XI20201B de la Xunta de Galicia.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Ed. sexta, Madrid: Civitas, 1999, pág. 220.

(en adelante LEF), es su configuración como requisito previo al ejercicio de la potestad expropiatoria (art. 124), lo que la convierte en un “presupuesto esencial de validez y no simple condición de eficacia”² de la expropiación.

Sin embargo, una de las manifestaciones de la crisis que en la actualidad afecta al instituto expropiatorio se refleja precisamente en la alteración de la regla del previo pago de la indemnización mediante la generalización de las denominadas expropiaciones urgentes³. Este es un sistema expropiatorio diseñado con carácter excepcional en la LEF que en la actualidad se aplica de forma absolutamente normal y convierte el procedimiento que la Ley denomina ordinario en extraordinario. Un claro exponente más de esta realidad se refleja en los supuestos de hecho, objeto de las sentencias a cuyo comentario dedicamos este trabajo. Como es perfectamente sabido, en el procedimiento expropiatorio ordinario, a partir de la declaración de utilidad pública o interés social, la tramitación del procedimiento de expropiación comienza con el acuerdo de necesidad de ocupación, continúa con la fase de justiprecio y finaliza con la de pago y ocupación. Estas normas generales se encuentran excepcionadas en la propia Ley al regular la figura de las expropiaciones urgentes, cuya más destacada peculiaridad afecta, como ya hemos señalado, a la esencia misma de la expropiación. El procedimiento expropiatorio por la vía de urgencia se inicia pues con la inmediata ocupación de los bienes sin haberse determinado y pagado previamente el justiprecio. En este sentido, cabe destacar como sus notas esenciales: (i) la ocupación inmediata de los bienes a expropiar; (ii) la suspensión del trámite de necesidad de ocupación y (iii) el aplazamiento de la fijación y pago del justiprecio a un momento posterior a la toma de posesión del bien o derecho.

El procedimiento se inicia con la realización de un trámite de información pública por un plazo de quince días. Tras este trámite se procede a la declaración de urgencia por parte del Gobierno de la Nación o Consejo de Gobierno autonómico. Como consecuencia, se entiende cumplido el trámite de declaración de necesidad de la ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados según el proyecto o replanteo aprobados y los reformados posteriormente. Seguidamente se procederá al levantamiento del acta previa a la ocupación, tras lo cual la Administración debe proceder a elaborar las hojas de depósito previo a la ocupación. Efectuado el depósito y abonada o consignada la previa indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate en un plazo máximo de 15 días (art. 52.7 LEF).

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T-R. FERNÁNDEZ, *op cit*, pág. 275.

³ La rapidez con la que se generalizó este procedimiento es puesta de manifiesto por el Prof. R. PARADA VÁZQUEZ en su trabajo “La expropiación urgente”, *Homenaje a Sayagués-Laso (Uruguay). Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, Tomo V, Dir. León Cortiñas Peláez, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, págs. 247 y ss.

Cabe recordar que la tramitación de una expropiación a través de la vía de urgencia requiere la existencia de una necesidad o situación excepcional, ante la cual la Administración puede adoptar también medidas de excepción que no podría seguir en circunstancias normales. Si se hubiese respetado tanto esa excepcionalidad como la rápida tramitación del procedimiento de fijación del justiprecio, la utilización de esta modalidad expropiatoria no tendría demasiada relevancia práctica⁴. Sin embargo, su generalización condenó a las expropiaciones tramitadas por el procedimiento general a ser una pura excepción. Esto implica que la aplicación práctica de esta modalidad expropiatoria ha supuesto la inversión de los términos legales y, en este sentido, “la expropiación forzosa ha pasado de ser una institución que impone una concreta y circunscrita carga a los administrados, a ser un sistema de imponerles, adicionalmente la carga de financiar las obras públicas, y aun una serie importante de obras privadas”⁵. Está claro, por consiguiente, que el incremento de facultades que con la urgencia recibe la Administración discurre paralelo a la disminución o pérdida de garantías de los administrados⁶.

II. LA CUESTIÓN LITIGIOSA Y TEMAS ESENCIALES QUE SE PLANTEAN

El proyecto de directrices del Plan Hidrológico de las Cuencas de Galicia-Costa prevé la construcción del embalse de Caldas de Reis en el río Umia (clave OH. 136.306). El 17 de septiembre de 1996 el presidente del organismo autónomo Augas de Galicia aprueba definitivamente el anteproyecto de la obra de dicho embalse, en el que se detallan los bienes y derechos afectados por la misma. En función de estos hechos, el Consello de la Xunta aprueba el Decreto 375/1996 de 11 de octubre por el que se declara la utilidad pública de dichas obras y la urgente ocupación de los bienes afectados por ellas⁷. Posteriormente, el Departamento de Xestión do Dominio Público Hidráulico del organismo autónomo Augas de Galicia, dicta el 10 de abril de 1997 una Resolución por la que se señalan las fechas para el levantamiento de las actas previas a la ocupación de los bienes afectados por las obras del embalse de Caldas de Reis en el río Umia, término municipal de Moraña, clave OH-136.306⁸. Estas disposiciones fueron objeto de dos recursos contencioso-administrativos interpuestos de forma paralela por algunos de los afectados por la urgente expropiación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (en adelante TSJG). Se trata pues de una manifestación concreta de la “conflictividad inmanen-

⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pág. 454.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T-R. FERNÁNDEZ, *op cit*, pág. 287.

⁶ CLAVERO ARÉVALO, M.F., “Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho Administrativo”, *RAP*, nº 10, 1953, pág. 37.

⁷ DOGA nº 207, de 22 de octubre de 1996.

⁸ DOGA nº 76, de 22 de abril de 1997.

te a la obra hidráulica”⁹. En esta ocasión, el conflicto se desarrolla entre los propietarios de los terrenos afectados por la construcción de la obra hidráulica, un embalse, frente a la Administración ejecutora del mismo.

El 7 de abril de 1999 la citada Sala (Sección Tercera) pronuncia dos Sentencias. Una resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el citado Decreto nº 375/1996 y contra la resolución de 10 de abril de 1997 del organismo autónomo Augas de Galicia (ponente Francisco Javier D’Amorin Vieitez) mientras que la otra resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución desestimatoria presunta en virtud de silencio a la petición de declaración de nulidad absoluta del mencionado Decreto nº 375/1996 (ponente Juan Bautista Quintas Rodríguez). El objeto de ambos procesos es, en esencia, el mismo. Los motivos de impugnación se reproducen de forma literal en uno y otro proceso. Todo ello deriva en la identidad del contenido de ambas decisiones judiciales, lo que nos lleva a abordar su estudio de forma conjunta.

De los motivos que fundamentan ambos recursos nos centraremos en el análisis de aquellos que, a nuestro juicio, tienen una mayor relevancia para la resolución del supuesto planteado: (i) la justificación de la utilidad pública de la obra, (ii) la desviación de poder, (iii) la falta de notificación de la declaración de urgente ocupación y (iv) la nulidad, por falta de motivación, de la declaración de urgencia recaída en el procedimiento expropiatorio¹⁰. Asimismo, nos detendremos en el examen de los Autos que la Sala de lo Contencioso del citado órgano judicial dictó el día 14 de julio, el 30 del mismo mes y el día 25 de octubre de 1999, todos ellos en relación con el supuesto objeto de estudio.

En virtud de las resoluciones dictadas el 14 de julio se resuelven sendas solicitudes de suspensión, como medida cautelar, del Decreto nº 129/1999 de 23 de abril por el que se declara la utilidad pública y urgente ocupación de bienes y derechos afectados por las obras del proyecto de aprovechamiento hidroeléctrico del embalse de Caldas de Reis en el río Umia¹¹. Contra este Decreto se han interpuesto sendos recursos contencioso-administrativos pendientes de resolución por la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJG.

Por lo que se refiere a los Autos de 30 de julio de 1999, el TSJG resuelve, a través del dictado de dos resoluciones judiciales, la solicitud de ejecución provisional de ambas Sentencias de 7 de abril de 1999 contra las que tanto la representación del recurrente como

⁹ EMBID IRUJO, A., *Las obras hidráulicas*, Madrid: Civitas/Seminario de Derecho del agua Universidad de Zaragoza/Confederación Hidrográfica del Ebro, 1995, págs. 33 y ss.

¹⁰ También es relevante el motivo de impugnación que se refiere al incumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación de estudio del impacto y evaluación medioambiental. No obstante, no entramos a examinar esta cuestión y nos remitimos a las interesantes y acertadas consideraciones realizadas sobre la misma por J.L. DE LA TORRE NIETO en el nº 23 de esta Revista.

¹¹ DOGA nº 89, de 11 de mayo de 1999.

la Administración demandada han interpuesto un recurso de casación pendiente de resolución ante el TS. Finalmente, estos autos son recurridos en súplica por la representación de la Administración y la representación de la entidad mercantil codemandada, y son resueltos por el Tribunal en virtud del Auto de 25 de octubre de 1999.

Las principales cuestiones que se suscitan en relación con la expropiación por vía de urgencia de los bienes afectados por las obras del embalse de Caldas de Reis en el río Umia son:

- (i) la justificación de la utilidad pública de la obra
- (ii) la desviación de poder
- (iii) la falta de notificación de la declaración de urgente ocupación
- (iv) la nulidad, por falta de motivación, de la declaración de urgencia recaída en el procedimiento expropiatorio
- (v) la suspensión, como medida cautelar, de la efectividad del acto impugnado
- (vi) la ejecución provisional de Sentencias

III. JUSTIFICACIÓN DE LA UTILIDAD PÚBLICA DE LA OBRA

Para que una actividad pública expropiatoria esté constitucionalmente legitimada es necesaria la concurrencia de causa justificada de utilidad pública o interés social (art. 33.3 CE). De este modo “para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado” (art. 9 LEF). En definitiva, la Constitución y la LEF exigen un fin o destino de interés público para los bienes expropiados. Este interés público que permite la intervención administrativa en la esfera privada y del que es titular la Administración o una tercera persona es la causa de la expropiación, lo que significa que *a priori*, antes de iniciar el expediente expropiatorio, será necesario determinar la necesidad pública que se quiere satisfacer.

En el presente supuesto los recurrentes estiman que se está conculcando gravemente el Derecho de propiedad de los afectados en la cuanto que la Administración autonómica inició un expediente de expropiación que amenaza sus propiedades sin la justificación previa de utilidad pública de la obra exigida por la Constitución (art. 33.3). En este sentido, ponen de manifiesto que las causas que la Administración deduce en apoyo de dicha justificación no son ciertas (abastecimiento de agua a la comarca de O Salnés) y que, en todo caso, para atender a dicha contingencia, hay otras alternativas menos gravosas para el Derecho de propiedad y el medio ambiente.

Sostienen igualmente que ni el anteproyecto de la obra del embalse ni el proyecto de directrices del Plan Hidrológico de las Cuencas de Galicia-Costa son aptos para acreditar debidamente la utilidad pública de la obra porque mientras que el anteproyecto no hace

referencia a las causas que justifican la obra, el proyecto carece de vigencia y constituye unas meras bases que precisan de posterior desarrollo. Respecto a esta cuestión, cabe decir que si bien por regla general le corresponde a una norma legal determinar qué fines se consideran de utilidad pública o interés social al objeto de poder utilizar el instrumento de la expropiación (arts. 11, 12 y 13 de la LEF), la propia LEF establece excepciones a dicha regla entre las que se encuentra la posibilidad de entender implícita la utilidad pública en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio (art. 10). Esto significa que una obra pública, en este caso el embalse, comprende la necesaria adquisición de bienes inmuebles para desarrollar el Plan sin que haya necesidad de que en cada caso una norma habilite a la Administración para declarar la utilidad, porque la autorización para expropiar se halla ya sobreentendida con el cumplimiento de los requisitos que condicionan la aprobación del Plan. Así pues, desde que se autoriza el plan y puede ejecutarse es porque se considera legal y oportuno¹². Por otra parte, como es sabido, la declaración específica de los bienes que han de ser expropiados se realiza a través de la denominada declaración de necesidad de ocupación. No obstante, esta necesidad de ocupación se entenderá, asimismo, implícita en la aprobación del proyecto de obras y servicios (art. 17.2 LEF). Por lo tanto, y desde un punto de vista legal, el Plan hidrológico citado es instrumento bastante para acreditar la utilidad pública y la necesidad de ocupación.

Ahora bien, debemos señalar que el Plan es un proyecto de directrices que como tal carece de aprobación definitiva. No obstante, el Tribunal considera que

“sobre la suficiencia del referido Proyecto de directrices y Anteproyecto en orden a acreditar y justificar la causa expropiandi le asistiría razón al recurrente si la obra causante de la expropiación lo fuera de ejecución de la planificación integral del río Umia, pero este no es el caso, pues aquí estamos en presencia de una obra hidráulica puntual y concreta, la construcción de un embalse proyectado con la finalidad principal de garantizar el abastecimiento de agua a la Comarca del Salnés o, mejor, al ámbito territorial comprendido entre las cuencas del río Umia y la margen izquierda de la ría de Arousa, a partir de las aguas del citado río, a cuyo fin, resultaba suficiente la elaboración y aprobación, previo sometimiento a información pública, del referido anteproyecto, sin necesidad de que previamente estuviera aprobado el plan hidrológico de la cuenca hidrográfica del río Umia y ello en función de las competencias que el art. 4 de la Ley 8/93, de 23 de junio, reguladora de la Administración hidráulica de Galicia, otorga a ésta”.

Por otra parte, el Tribunal pone de manifiesto que una obra hidráulica como la del embalse del Umia debe estar prevista en un instrumento de planificación hidrológica (art. 38.1 de la Ley 29/1985 de 2 de agosto de Aguas). Sin embargo, mantiene que, aunque el Plan Hidrológico de Galicia-Costa está pendiente de su aprobación definitiva, “sin duda” pasó todos los trámites previos a dicha aprobación y contiene todas las prescripciones exigidas legalmente, lo cual es suficiente para acreditar que cumple con la exigencia planificadora a la que se refiere la Ley de Aguas en su artículo 38.1.

¹² CARRETERO PÉREZ, A., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid: Santillana, 1966, pág. 98.

Parece, como afirma SANTAMARÍA PASTOR, que el resultado práctico de la previsión legal de la declaración implícita en planes de obras y servicios es que cualquier iniciativa pública se entiende hipotéticamente cubierta por esta posibilidad del artículo 10 de la LEF¹³. Ahora bien, en la actualidad está firmemente asentada la tesis sobre la posibilidad de impugnación y el consiguiente control jurisdiccional de las declaraciones de utilidad pública y, en concreto, de las declaraciones de utilidad pública implícitas en planes y proyectos de obras o servicios¹⁴. Una forma de llevar a cabo dicho control es que el órgano judicial entre a comprobar de oficio la legalidad del propio plan o proyecto.

Si como sostiene el Tribunal, “sin duda” el Plan de directrices de las Cuencas de Galicia-Costa está sólo pendiente de su aprobación formal en la medida en que ya pasó todos los trámites previos a dicha aprobación, consideramos que no hubiera estado de más que el órgano judicial entrase de oficio a controlar la legalidad de un Proyecto en el que, a su vez, se engloba el anteproyecto de construcción del embalse. Esto le permitiría al órgano judicial comprobar si el proyecto cumple los requisitos exigidos por la legalidad vigente ya que, de no ser así, la declaración de utilidad pública debería considerarse inexistente y, por lo tanto, todo el procedimiento expropiatorio nulo. No obstante, el Tribunal prescinde de este trámite y se limita a afirmar que “sin duda” el Plan Hidrológico cumple todas las prescripciones exigidas legalmente y, consiguientemente, afirma que el proyecto y anteproyecto de construcción del embalse son suficientes para acreditar la *causa expropiandi*.

La segunda cuestión planteada por los recurrentes, esto es, la falta de certeza de las causas que pone de manifiesto la Administración en apoyo del necesario abastecimiento de agua de la Comarca de O Salnés, se trata, como sostiene el Tribunal, de una cuestión técnica que hace “muy limitada su fiscalización por los Tribunales, como no sea a través de la prueba de la inexistencia de los hechos determinantes y de la interdicción de la arbitrariedad”.

El Tribunal debe comprobar si la Administración actuó en esta ocasión *porque sí*, esto es, de forma caprichosa y arbitraria o, si por el contrario, proporcionó razones justificativas, susceptibles de asegurar para la decisión a que se refiere el calificativo de racional¹⁵. Para ello, el órgano judicial examina los documentos citados por la Administración en la sección de antecedentes y concluye que con estos argumentos “ha de entenderse cumplida y satisfecha la obligación que pesaba sobre la Administración de justificar tanto la necesidad como la utilidad pública de la obra cuestionada o, dicho de otra manera, difícilmente

¹³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *op cit*, pág. 443.

¹⁴ DÍAZ FERNÁNDEZ, R.M., “La utilización de la expropiación urgente como fórmula de legalización *a posteriori* de situaciones que en su inicio se perfilan como auténticas vías de hecho”, *REDA*, nº 89, 1996, págs. 110 y ss.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA E. y T-R. FERNÁNDEZ, *op cit*, pág. 472.

puede compartirse que dicho proyecto se inserte o sea consecuencia del mero capricho político o arbitrario de la Administración como viene a sostener el recurrente”.

Existe, por lo tanto, una presunción de racionalidad que el recurrente no logra destruir a través del informe pericial presentado por su representante, lo que lleva al Tribunal a concluir, como no podía ser de otro modo, que “la Administración ofrece motivación suficiente sobre la razonabilidad de la causa de utilidad pública justificativa de la expropiación y de la necesidad de ocupación, determinante de la desestimación del motivo de impugnación analizado”.

IV. DESVIACIÓN DE PODER

En el caso que nos ocupa, la representación del recurrente sostiene la existencia de desviación de poder en la actuación de la Administración porque considera que “la razón por la cual la Xunta de Galicia está promoviendo la construcción de este embalse no es la necesidad de abastecer de agua a la mancomunidad de O Salnés, sino porque en este lugar es técnicamente posible construir una central hidroeléctrica sumamente rentable desde el punto de vista económico”.

Como es sabido, la desviación de poder está prevista en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC) como un vicio que puede causar la anulabilidad de los actos administrativos (art. 63.1). Encontramos la definición de este concepto, aunque resulte extraño¹⁶, en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), la cual en su artículo 70.2, con idéntico contenido a su equivalente art. 83 de la vieja Ley de 1956, establece que se entiende por desviación de poder “el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”. De acuerdo con CHINCHILLA, los elementos conceptuales básicos de esta definición son los tres siguientes: (i) la desviación de poder presupone el ejercicio de potestades, (ii) las potestades son potestades administrativas, y (iii) lo que define a la desviación de poder como vicio de la actuación administrativa es el apartamiento del fin que la justifica¹⁷. Esta última es, sin duda, como afirma la citada profesora, “la nota que la caracteriza [a la desviación de poder] y distingue de las demás infracciones del ordenamiento jurídico que comete la Administración, y el común denominador de todas las definiciones legales, jurisprudenciales y doctrinales de la misma”¹⁸.

¹⁶ CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Madrid: Civitas, 1999, pág. 41.

¹⁷ CHINCHILLA MARÍN, C., *op cit*, pág. 54.

¹⁸ CHINCHILLA MARÍN, C., *op cit*, pág. 111.

Esa desviación del fin que justifica el ejercicio de la potestad deber ser querida por la Administración, de forma que “la primera nota que caracteriza a esa conducta de la Administración es su voluntariedad o intencionalidad, esto es, el apartamiento del fin es querido y buscado por la Administración autora del acto”¹⁹.

La jurisprudencia exige, con carácter general, que esa intención de desviación por parte de la Administración debe probarse por quien la invoca. Es, precisamente la mayor dificultad, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, la prueba de la divergencia de fines, la cual comporta la utilización de la técnica de la desviación de poder²⁰. En efecto, nadie cuestiona la dificultad que supone para el recurrente indagar y, posteriormente, demostrar al juez cuáles eran las verdaderas intenciones ocultas de la Administración y en qué medida con su actuación aquella perseguía un fin diferente, público o privado, al establecido por la norma. Finalmente y tras este complicado proceso probatorio previo, le corresponde al juez constatar si el fin que la Administración persigue con su actuación coincide o no con la finalidad típica prevista por el ordenamiento.

Pues bien, el TSJG despacha rápidamente este motivo de impugnación y lo desestima con una doble argumentación. Por un lado, se reafirma en la necesidad y justificación de la obra, y se remite a la fundamentación previamente expuesta. Y, en segundo lugar, sostiene que no es contrario al ordenamiento jurídico que

“la Administración, en una actuación como la que se está analizando, trate de conjugar o armonizar la satisfacción de un interés público, en este caso, garantizar el abastecimiento de agua con la posibilidad de un aprovechamiento hidroeléctrico, corroborándolo así los distintos instrumentos normativos que disciplinan la planificación hidrológica, sin que por ello quede inerme o marginado el interés público, aun cuando la explotación se conceda al sector privado”.

Además, apunta el Tribunal que

“la Administración no ocultó ese propósito, pues [...] la posibilidad de tal aprovechamiento se apuntaba tanto en el ‘Plan Hidrológico das Concas de Galicia-Costa. Proxecto de Directrices’, como en el Anteproyecto, y sin duda, esa transparencia se erige en el mejor parámetro enjuiciador para valorar la motivación interna del actuar administrativo y descartar aquí el instituto de la desviación de poder”.

Los motivos que fundamentan la decisión administrativa son una premisa fundamental para averiguar las intenciones de la Administración, esto es, para controlar la legitimidad del elemento causal del acto. En este supuesto concreto fue, precisamente, la motivación

¹⁹ CHINCHILLA MARÍN, C., *op cit*, pág. 118.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T-R. FERNÁNDEZ, *op cit*, pág. 460.

del acto la que ha facilitado el control judicial de la actuación de la Administración en cuanto que ha servido al órgano judicial de apoyo suficiente para poder sostener la inexistencia de desviación de poder.

Por lo tanto, la intencionalidad de la Administración de apartarse del fin de interés público establecido por la norma, que es el que, en definitiva, justifica el ejercicio de la potestad expropiatoria, parece efectivamente que no ha existido. Por una parte, no se demuestra que la construcción del embalse no tenga como objetivo principal el abastecimiento de agua manifestado por la Administración. Por otro lado, la Administración no trata de ocultar, como parece probar la documentación que figura en el expediente, su intención de aprovechar el embalse para la construcción de una central hidroeléctrica.

En definitiva, mientras que para el ejercicio de la potestad expropiatoria la Administración no se aparte o, dicho de forma más precisa, no tenga la intención de apartarse, y así se demuestre por el interesado, del fin invocado como fin de interés público, nada le impide compatibilizarlo con otro u otros fines públicos diferentes, tales como, en este caso, el aprovechamiento hidroeléctrico.

V. FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE URGENTE OCUPACIÓN

Con carácter general, la LPC dispone que “se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos o intereses” (art. 58.1). Asimismo, por lo que se refiere al procedimiento expropiatorio, la LEF (art. 21) y el REF (art. 20) señalan que el acuerdo de necesidad de ocupación a través del cual se inicia el expediente expropiatorio es de obligada notificación en la exclusiva parte que pueda interesarles a cuantas personas aparezcan como interesadas en el procedimiento.

Como se sabe, la declaración de necesidad de ocupación se entenderá implícita en la aprobación del proyecto de obras y servicios que comprenda la descripción material detallada de los bienes y derechos que se considere de necesaria expropiación (art. 17.1 y 17.2) y, asimismo, dicho trámite se entenderá cumplido en las expropiaciones por la vía de urgencia según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente (art. 52 LEF). Por lo tanto, en el presente caso, el acuerdo de necesidad de ocupación no se dictó de forma autónoma o separada al entenderse implícito en la aprobación previa del anteproyecto y en el Decreto impugnado por el que se declara la urgente ocupación. Ahora bien, de los hechos se desprende que la Administración sí tenía conocimiento de quienes eran los afectados por dicho Decreto y, por lo tanto, está obligada de conformidad con las normas generales del Derecho administrativo a notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses (art. 58 de la LPC).

No obstante, el problema podría presentarse ante la ausencia de notificación de la resolución de 10 de abril de 1997 del organismo autónomo de Augas de Galicia por la que se señalan las fechas para el levantamiento de las actas previas a la ocupación de los bienes afectados por las obras del expresado embalse. De los hechos que se desprenden de la Sentencia parece que la citada resolución no fue objeto de notificación en los términos que preceptúa el artículo 52.2 LEF. Sin embargo, tal como sostiene el TSJG apoyándose en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, “los trámites de información pública habidos permitieron al recurrente tomar conocimiento de la declaración de utilidad pública y urgente ocupación y desplegar, en defensa de sus derechos, los oportunos medios impugnatorios, por lo que la irregularidad denunciada no puede determinar la anulación del procedimiento como pretende el recurrente (STS 8 de noviembre de 1995, entre otras)”.

Cabe poner de manifiesto la actitud coherente del órgano judicial, el cual previamente había utilizado esta misma argumentación para rechazar la extemporaneidad alegada por el letrado de la Xunta de Galicia como causa de inadmisibilidad del recurso. En este sentido, el TSJG señala que la actuación del afectado se produjo dentro del plazo, en la medida en que la ausencia de notificación personal del Decreto de declaración de urgente ocupación y de la resolución del organismo autónomo da lugar a que el recurrente actúe cuando tome conocimiento “de la afectación con ocasión del levantamiento de las actas previas”. En este momento se da por notificado e interpone el recurso procedente (art. 58 LPC).

VI. LA NULIDAD, POR FALTA DE MOTIVACIÓN, DE LA DECLARACIÓN DE URGENCIA RECAÍDA EN EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

Las expropiaciones declaradas urgentes no responden en su gran mayoría a una urgencia realmente efectiva. Así lo demuestran algunos factores que generalmente se encuentran unidos a este sistema expropiatorio, como el hecho de que su eficacia se prolongue durante años, que una vez producida la ocupación de los bienes, la fijación y pago del justiprecio se posterga indefinidamente o, como en el caso que nos ocupa, que no exista motivación en el acuerdo que decreta la urgente ocupación. Este precepto establece que “el acuerdo en que se declara la urgente ocupación de bienes afectados por una expropiación deberá estar debidamente motivado con la exposición de las circunstancias que, en su caso, justifican el excepcional procedimiento previsto en el artículo 52 de la Ley...”.

Pues bien, en base a esta norma, los recurrentes alegan que el Decreto 375/96 por el que se declara la urgente ocupación de sus bienes no menciona los motivos que pudieran existir para declarar tal urgencia. Además consideran que no existe la urgente necesidad de ejecutar la obra de construcción del embalse, tal y como lo demuestra el hecho de que el Proyecto y Anteproyecto se refieren al lejano horizonte del año 2012 y la circunstancia de que el embalse ya fue proyectado en el año 1953 y más tarde en 1973, lo que hacía difícil

pensar que después de 40 años su ejecución alcanzase un grado tan elevado como para invertir los términos del procedimiento expropiatorio.

Superada la práctica jurisprudencial que con apoyo en los artículos 56.2 REF y 22 LEF se inhibía de enjuiciar las declaraciones de urgencia²¹ entra el TSJG a controlar la legalidad de dicha declaración. En este sentido, recuerda el Tribunal que “dos son los presupuestos para la legitimidad del recurso al procedimiento expropiatorio de urgencia: concurrencia de circunstancias de carácter excepcional que aconsejen acudir a ese especial pronunciamiento y motivación suficiente del Acuerdo, con exposición de circunstancias que justifiquen tal opción”.

En consecuencia, la utilización del procedimiento previsto en el artículo 52 LEF sólo está justificada si concurren circunstancias de carácter excepcional que obliguen a la Administración a recurrir a un procedimiento extraordinario para la consecución de un fin, en este caso la construcción del embalse, en un plazo de tiempo que no podría cumplirse si la expropiación se tramitase por la vía ordinaria. Es, por lo tanto, el factor tiempo el que justifica la urgencia. En este sentido, afirma CLAVERO que “de la misma manera como la expropiación de urgencia llega a una transmisión de propiedad, así también llegaría a dicha transmisión una expropiación normal. La utilización de la primera sólo se justifica por una imposibilidad de que la segunda alcance el fin propuesto en un tiempo que es esencial al fin administrativo”²².

Ahora bien, la Administración está obligada a justificar la concurrencia de dichas circunstancias excepcionales que dan lugar a la declaración de urgencia y a expresarlo a través de la motivación de su decisión. La motivación es “justamente la expresión racional [...] de las resoluciones que implican un gravamen para el destinatario”²³. Como señala el TSJG, recordando jurisprudencia del TS, la motivación puede actuarse o resultar por vía indirecta si en el expediente existe constatación de las razones que impulsaron a optar por aquel

²¹ En la actualidad, gracias a una evolución jurisprudencial progresiva, tanto las declaraciones de utilidad pública, el acuerdo de necesidad ocupación, como las declaraciones de urgencia están sometidas al control judicial de los Tribunales. Sobre estas cuestiones puede consultarse, entre otros, los siguientes trabajos FERNÁNDEZ, T-R., “El control jurisdiccional de la causa expropiandi (Sentencia de 16 de mayo de 1972, expropiación del Sector de la Veguilla-Valdezarza-Vertedero)”, *REDA*, nº 1, 1974, págs. 119 y ss; BLASCO, A., “La impugnación jurisdiccional del acuerdo de necesidad de ocupación”, *REDA*, nº 29, 1981, págs. 382 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., “Control jurisdiccional y responsabilidad en las expropiaciones urgentes (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1982. Ponente García Manzano”, *REDA*, nº 38, 1983, págs. 103 y ss.; MÍGUEZ BEN, E., “La plenitud del control jurisdiccional de la declaración de necesidad de ocupación”, *REDA*, nº 44, 1984, págs. 789; del mismo autor, “Potestad expropiatoria de las entidades locales, consignación presupuestaria y control jurisdiccional (A propósito de la STS de 22 de enero de 1996)”, *REDA*, nº 92, 1996, págs. 633 yss.; DÍAZ FERNÁNDEZ, R.Mª., *op cit*, págs. 107 y ss.

²² CLAVERO ARÉVALO, M.F., *op cit*, pág. 31.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T-R. FERNÁNDEZ, *op cit*, pág. 554.

procedimiento, o si dichas razones resultan notorias por la naturaleza de la obra pública motivadora del expediente expropiatorio.

Pues bien, en el presente caso el Tribunal aplica en sus justos términos esta doctrina jurisprudencial general y procede a declarar la nulidad del Decreto en cuanto que declara la urgente ocupación:

“el Decreto recurrido aparece huérfano de motivación justificativa de la declaración de urgencia, el expediente administrativo tampoco revela la concurrencia de circunstancias excepcionales que determinaran la urgencia declarada por el referido Decreto, que pudieran proporcionarle aquella motivación indirecta [...] tanto el Plan como el Anteproyecto no refieren una situación de desabastecimiento alarmante o inquietante, centrándose, más bien, en señalar que la actuación reguladora proyectada tenía por objeto la ampliación del suministro respecto de municipios que presentaban déficit de recursos, el suministro a núcleos periféricos, como, en fin, solventar los déficits en época de estiaje, poniendo todo el énfasis en el aseguramiento del suministro en el horizonte de los años 2002 y 2012 [...] la construcción del embalse puede justificar la expropiación de los terrenos afectados por tal obra, pero no ponen de relieve, la urgente necesidad de dar satisfacción inmediata a dicho interés” (STS 30 de septiembre de 1992). En consecuencia, ya no es tanto que el Decreto recurrido en el orden formal carezca absolutamente de motivación, como que la motivación que de forma indirecta lo podría legitimar resulta ‘insuficiente a los fines pretendidos por el mismo, cual es la declaración de urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación’ (STS 21 de diciembre de 1996, 9 de marzo de 1993 y 30 de septiembre de 1992) [...] en consecuencia anulamos las resoluciones recurridas, si bien la anulación del Decreto lo es sólo en cuanto declara la urgente ocupación”.

Estamos, por lo tanto, en presencia de un acto que adolece de un vicio de forma que ha sustraído los elementos de juicio necesarios para poder realizar una valoración justa de la resolución adoptada en cuanto al fondo, pues, como hemos visto, carece de motivación suficiente que justifique su adopción. Ahora bien, como precisa el Tribunal,

“no se está en presencia de una nulidad de pleno derecho o radical, como pretende el recurrente, al no encajar el vicio apreciado en ninguno de los supuestos del artículo 62 de la Ley 30/92, y sí ante un acto o resolución que incurre en simple vulneración de aquellos preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento, con los efectos propios de la anulabilidad”.

De esta declaración de nulidad del expediente expropiatorio resulta la obligación para la Administración de indemnizar “los daños y perjuicios que se le hayan causado al propietario por la ocupación ilegal de sus bienes”. Esta es la única solución posible, ya que como señala el Tribunal no cabe retrotraer el expediente al momento inicial pues ya se produjo la ocupación de la finca y la obra ya se inició por lo tanto resulta físicamente imposible reponer las cosas a su estado primitivo. Este fallo ha sido aclarado por petición del recurrente en virtud del Auto de 22 de abril de 1999 en el que el Tribunal señala que

“la ejecución subsidiaria a que se alude en el fallo de la sentencia ha de referirse, exclusivamente, a la superficie en que se efectuaron obras que hacen imposible reponer las cosas a su estado primitivo, mientras que el resto de la superficie que puede volver a ser disfrutada por sus propietarios, ha de ser devuelta a éstos, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan proceder por las alteraciones o modificaciones accidentales llevadas a cabo por la Administración”.

En definitiva, tras la declaración de nulidad se trata de restablecer de inmediato la situación del recurrente que se ha visto alterada de forma indebida por dicho acto.

VII. LA SUSPENSIÓN, COMO MEDIDA CAUTELAR, DE LA EFECTIVIDAD DEL ACTO IMPUGNADO

El 23 de abril de 1999 el Consello de la Xunta aprobó el Decreto 129/1999 por el que se declara la utilidad pública y la urgente ocupación de bienes y derechos afectados por las obras del proyecto de aprovechamiento hidroeléctrico del embalse de Caldas de Reis en el río Umia. Este Decreto ha sido impugnado en vía contencioso-administrativa ante la Sala de lo Contencioso del TSJG. Asimismo, se ha solicitado la suspensión de su efectividad como medida cautelar. Aunque el recurso está pendiente de resolución, el Tribunal ya se ha pronunciado sobre la solicitud de suspensión en virtud del Auto de 14 de julio de 1999.

Como es sabido, en aras a hacer realidad el principio constitucional de eficacia, consagrado en el artículo 103 del Texto Constitucional, los actos administrativos producen efectos desde la fecha en que se dictan, son inmediatamente ejecutivos y la interposición de cualquier recurso no suspende su ejecución. Ahora bien, el problema se presenta si la Administración, en ejercicio de esta potestad de autotutela ejecutiva, crea situaciones totalmente irreversibles de modo que no quepa su revocación ni a través de la sentencia que, en su caso, ponga fin al proceso contencioso-administrativo entablado contra dicho acto. Este problema se agrava considerablemente por el retraso de resolución que, como se sabe, sufre la jurisdicción contenciosa. La tutela cautelar ofrece una solución parcial que, como ha puesto de manifiesto tanto la jurisprudencia constitucional como la contencioso-administrativa, se encuentra en estrecha conexión con la tutela judicial efectiva²⁴. A través de

²⁴ El Tribunal Constitucional afirma que la tutela judicial efectiva “reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso” (STC 14/1992 de 10 de febrero, FJ 7). Por su parte, el TS en un Auto de 20 de diciembre de 1990, sostiene que “los estrechos límites del art. 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (art. 24), derecho que implica entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar. Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta hoy por este principio general del Derecho comunitario al que aluden las Conclusiones del Abogado General en la sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que implícitamente hace

la adopción de las medidas cautelares se evita una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE sin por ello infringir el principio constitucional de eficacia. El Tribunal Constitucional ha tenido diversas ocasiones para pronunciarse sobre la compatibilidad de ambos mandatos constitucionales -tutela judicial efectiva y principio constitucional de eficacia- y ha sostenido que “el derecho a la tutela judicial se satisface (...), facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión”²⁵. En definitiva, del derecho a la tutela judicial efectiva se deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución. Se trata de evitar que, debido a la duración del proceso, la tutela judicial pierda efectividad.

En el artículo 129 de la LJCA se encuentra explicitada la posibilidad de que los interesados soliciten en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. En el presente supuesto, la medida cautelar solicitada por los recurrentes ha sido, como ya hemos puesto de manifiesto, la suspensión de la efectividad de la declaración de utilidad pública y urgente ocupación declarada por el Decreto 129/1996. Las consideraciones que los recurrentes realizan para justificar la adopción de la citada medida cautelar son, básicamente:

(i) Las Sentencias dictadas el 7 de abril de 1999 estiman en parte sendos recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Decreto 375/1996 declarando su nulidad en cuanto acordaba la urgente ocupación de los bienes y derechos necesarios, afectados de expropiación por el anteproyecto de la obra del embalse de Caldas de Reis en el río Umia.

(ii) El Decreto 129/1999, cuya suspensión se solicita, se dictó dos días después de ser notificada las citadas sentencias. Con él se pretende dejar sin efecto estas resoluciones judiciales ya que las fincas que en virtud del mismo se pretende expropiar son las mismas que fueron afectadas por el anulado Decreto 357/1996. Todo ello lleva a sostener que el nuevo Decreto 129/1999 se dicta en fraude de ley y con el único fin de neutralizar dichas resoluciones.

(iii) La apariencia de buen derecho, requisito derivado de la propia naturaleza de la medida cautelar, se convierte, en el presente caso, en auténtica certeza. En efecto, sí las sentencias que dictó el Tribunal el 7 de abril de 1999 declararon que no había razones para seguir el trámite de urgencia en el procedimiento expropiatorio ya que no era apremiante la necesidad de suministro de agua a la población de la zona, todavía resulta menos justificable dicha urgencia cuando lo que se trata de llevar a cabo es “un simple negocio privado de producción de electricidad, que es un fluido del que la región gallega tiene considerable superávit”.

suyo el propio Tribunal, y que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”.

²⁵ STC 66/1984 de 6 de junio, FJ 3º y STC 78/1996 de 20 de mayo, FJ. 3º.

Por su parte, la Administración se opone a la adopción de la medida cautelar con los siguientes argumentos:

(i) Los bienes afectados por el Decreto 375/1996 no son los mismos que los afectados por el Decreto 129/1999.

(ii) El Decreto fundamenta la urgencia en base tanto en la vinculación existente entre la ejecución del embalse de Caldas de Reis y la solución constructiva diseñada para su aprovechamiento eléctrico, como en la perentoria necesidad de proseguir la ejecución de las obras de regulación del río Umia mediante la construcción y explotación del embalse hasta su total finalización.

(iii) El inevitable fraccionamiento del proyecto global del embalse (construcción de una parte y aprovechamiento hidroeléctrico de otra) era consecuencia de la obligación legal de tramitar unos procedimientos específicos diferenciados y sólo a través de su tramitación por la vía de urgencia se podrá llegar en plazos razonables a la satisfacción de los intereses públicos perseguidos.

(iv) La gravedad de los perjuicios que la suspensión provocaría para el interés público debía llevar a la desestimación de la solicitada suspensión (art. 130.2 de la LJCA).

De acuerdo con el artículo 130 de la LJCA, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar “podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso” y “podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.

De conformidad con el tenor literal del precepto parece que el criterio del *periculum in mora* junto con el de la ponderación de los intereses en juego son los presupuestos previstos en la Ley para la adopción de la medida cautelar pretendida. La sorprendente ausencia de una referencia expresa al criterio del *fumus boni iuris* ha sido resaltada por todos aquellos que se han ocupado del estudio de las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción. Con el fin de salvar dicha omisión se ha recurrido fundamentalmente a dos argumentos: (i) la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que se refiere la disposición final primera de la nueva Ley de la Jurisdicción²⁶, y (ii) la alusión que realiza el artículo 130 a la finalidad *legítima* del recurso obliga a un juicio de legitimidad de la pretensión²⁷.

²⁶ MÍGUEZ MACHO, L., “Título I y Título VI: Capítulo II”, *Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la Ley 29/98 de 13 de Julio)*, coordinados por José Luis de la Torre Nieto, Ed.: Revista Xurídica Galega con la colaboración de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, pág. 384.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid: Civitas, 1999, Sexta Edición, pág. 628; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 672; MÍGUEZ MACHO, L., *op cit*, pág. 384.

Sin embargo, en el supuesto objeto de análisis, el TSJG sostiene que la ausencia de referencia expresa en la Ley de 1998 al criterio del *fumus boni iuris* como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares supone que este no puede operar como criterio exclusivo sino coadyuvante en la elaboración del juicio cautelar. Esta afirmación se aparta de las interpretaciones doctrinales previas y tampoco responde a la práctica real de los Tribunales que vienen sosteniendo que “esta apariencia, aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada”²⁸.

El propio TSJG utiliza en exclusiva el criterio del *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho para determinar si cabe o no la suspensión de la efectividad del citado Decreto 129/1999. Para ello argumenta que sólo de forma excepcional la doctrina del *fumus* podrá utilizarse como presupuesto exclusivo en la elaboración del juicio cautelar, y sostiene que “uno de los supuestos en los que la apariencia de buen derecho puede operar como criterio único o exclusivo que justifique la adopción de la medida cautelar de suspensión es el de existencia de un pronunciamiento judicial previo sobre la misma cuestión de fondo que se plantea en el nuevo recurso, aun cuando aquél no tenga el carácter de firme”.

En el presente caso, la Sala ya se pronunció en su sentencia de 7 de abril de 1999 sobre la validez del Decreto 375/1996 declarando su nulidad por acordar sin justificación que la expropiación se siguiese por el trámite de urgencia. Es importante señalar que el anteproyecto en el que sí se hacía referencia al posible aprovechamiento hidráulico no señala en cambio que su realización fuese apremiante, por lo que tampoco serviría para justificar la utilización del procedimiento de urgencia en la tramitación del procedimiento expropiatorio.

En consecuencia, el Tribunal estima que el Decreto 129/1999 ahora impugnado “contiene una declaración reiterativa de la urgencia decretada por el anterior Decreto anulado [...] trata de perpetuar, o mejor rehabilitar una urgencia que fue desaprobada por aquellas resoluciones judiciales para el conjunto o globalidad de la actuación, justifica la adopción de la medida cautelar interesada, pues sólo así se garantiza la propia integridad de la función jurisdiccional, que quedaría en entredicho de operar la inmediata ejecutividad del nuevo decreto, como también la de los propios intereses de los recurrentes, preservados por aquellas resoluciones, haciendo inútil, en suma, la finalidad del propio proceso”.

Consideramos que el Tribunal ha optado por la única solución correcta. La apariencia de buen derecho es tan evidente en este supuesto que es suficiente su utilización como criterio único bastante para determinar la suspensión como medida cautelar del mencionado Decreto 129/1999. Ahora bien, discrepamos en el carácter de “elemento coadyuvante” que le reconoce el Tribunal. Más bien entendemos que, a pesar de su ausencia explícita en la Ley, la apariencia de buen derecho es el criterio principal para la adopción de la pertinente

²⁸ Auto de 20 de diciembre de 1990.

medida cautelar²⁹. En este sentido, son significativas las siguientes palabras de CHINCHILLA quien, a pesar de sostener que la apariencia de buen derecho no debe ser la causa determinante de la adopción de las medidas cautelares³⁰, subraya que el *fumus boni iuris* es “un elemento característico de la tutela cautelar que está en su propia definición, ya que si la medida cautelar se otorga porque el recurrente acredita la existencia de un daño irreparable en sus derechos e intereses legítimos es porque en principio, y aunque sólo sea aparentemente, el recurrente es titular de esos derechos o intereses legítimos”³¹. Además, la práctica pone de manifiesto que la relevancia que para los órganos judiciales alcanza la doctrina del *fumus* es tal que, como afirman GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R FERNÁNDEZ, sin su presencia “siquiera sea intuida, ningún juez concederá nunca una medida cautelar”³².

La medida cautelar adoptada, en este caso la suspensión del Decreto 129/1999, estará en vigor, según lo dispuesto en la LJCA de 1998, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que haya sido acordada o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en la citada norma. Ahora bien, si durante el curso del procedimiento cambian las circunstancias en virtud de las cuales fue adoptada la pertinente medida cautelar esta podrá ser modificada o revocada (art. 132.1 LJCA).

Con apoyo en esta doctrina legal se pronuncia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJG en el Auto dictado el 13 de diciembre de 1999 en virtud del cual resuelve el recurso de súplica interpuesto por la entidad mercantil y la Xunta de Galicia contra el Auto dictado por esta misma Sala el 14 de julio de 1999 y por el que, como hemos visto, se acordaba la suspensión del Decreto 129/1999 que declaraba la utilidad pública y la urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por las obras del proyecto de aprovechamiento hidroeléctrico del tantas veces mencionado embalse.

Según lo expuesto por el Tribunal en este nuevo Auto de 13 de diciembre de 1999 se pone de manifiesto, por un lado, que con fecha posterior a la resolución de suspensión de 14 de julio de 1999 la beneficiaria de la expropiación llegó a acuerdos con todos y cada uno de los distintos propietarios de las fincas afectadas quedando excpcionados de dicho acuerdo únicamente cuatro fincas (la nº 22, 25, 54 y 66). Por otra parte, los propietarios que bajo declaración jurada manifestaron no haber llegado a acuerdo para la venta de sus fincas a la entidad mercantil no afectan al caso ya que se trata de terrenos que aunque están afectados por las obras de construcción del embalse no les afecta la expropiación derivada del proyecto de aprovechamiento hidroeléctrico.

²⁹ Véase, en este sentido, M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid: Marcial Pons/ Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999, págs. 151 y ss.

³⁰ CHINCHILLA MARÍN, C., “La tutela cautelar”, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Dir. J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, Valladolid: Lex Nova, 1999, pág. 593.

³¹ CHINCHILLA MARÍN, C., “La tutela cautelar”, *op cit*, pág. 594.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA E. y T-R. FERNÁNDEZ, *op cit*, pág. 628.

De la lectura de estos hechos parece desprenderse un cambio de las circunstancias que en su momento dieron lugar a la suspensión del citado Decreto 129/1999. Por ello, ahora el Tribunal sostiene que

“concorre un cambio de circunstancias, que al margen de que no posibiliten la plena aplicación del art. 51 de la LEF, al faltar acuerdo sobre el justiprecio de aquellas cuatro fincas, sí tienen virtualidad suficiente para justificar la revocación de la medida cautelar adoptada en el Auto recurrido, conforme a las previsiones del art. 132.1 de la LJ, pues sopesando de nuevo los intereses en juego, ya se advierte que el mantenimiento de la medida cautelar sería claramente perjudicial para el interés público y para el que ostenta el beneficiario de la expropiación (identificados anteriormente), que no deben ser sacrificados frente al más exiguo que ostenta el único de los propietarios recurrentes afectado por la expropiación”.

En definitiva, de conformidad con el tenor literal del art. 132.1 *in fine* el cambio o modificación de las circunstancias de hecho que dieron lugar a la suspensión del citado Decreto 129/1999 son la causa o fundamento de la decisión del Tribunal de proceder a la revocación de dicha medida cautelar.

VIII. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS

La ejecución provisional de sentencias que están pendientes de un recurso de apelación o casación es un remedio que trata de evitar, ante la prolongada duración de los procesos contencioso-administrativos, que el beneficiado por la sentencia de instancia nunca logre la efectividad de la tutela que ha solicitado. La ejecución provisional de las sentencias queda enmarcada por lo tanto dentro de la tutela cautelar³³.

En el caso objeto de nuestro estudio la parte recurrente, favorecida por el fallo de las Sentencias de 7 de abril de 1999, plantea, al amparo de los artículos 91 y 103.4 de la LJCA, la ejecución provisional de las citadas resoluciones pendientes de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

El artículo 91.1 de la LJCA dispone en su apartado 1º que la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida; mientras que en su apartado 2º establece que las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Se trata, por lo tanto, de una medida que sólo cabe acordar previa petición de parte interesada.

³³ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Madrid: Civitas, 1999, pág. 114.

Por su parte, el artículo 103.4 LJCA establece que “serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento”. En este precepto se regula un mecanismo de reacción frente a ejecuciones aparentes o incumplimientos indirectos de sentencias. Estas consisten en dictar un nuevo acto con el fin de evitar la ejecución de los fallos condenatorios de la Administración. Para su aplicación es necesario saber si la Administración tiene intención de eludir el cumplimiento del fallo. Esta intencionalidad normalmente se concreta en actuaciones elusivas o contrarias al fallo en periodos temporalmente próximos al mismo³⁴. Esta parece ser la finalidad del Decreto 129/1999 de 23 de abril que, como hemos visto, declara nuevamente el procedimiento de urgencia para el mismo embalse, aunque ahora la finalidad perseguida es una obra de aprovechamiento hidráulico complementario.

A la ejecución provisional se oponen tanto la Administración como la entidad mercantil codemandada, titular de una concesión administrativa otorgada para la explotación como aprovechamiento hidroeléctrico de la presa de Caldas de Reis. Ambas apoyan su argumentación en el hecho de que el Decreto 129/1999 se refiere a fincas distintas de las afectadas por el Decreto 375/1996 parcialmente anulado por las Sentencias de 7 de abril de 1999.

El Tribunal, en aplicación de la normativa citada, acuerda en virtud de un Auto de 30 de julio de 1999 la ejecución provisional de las sentencias de 7 de abril de 1999 ya que entiende que la “hipotética incoherencia” manifestada por la Administración y la entidad mercantil

“no es un óbice a que se aprecie no sólo la inejecución de la sentencia dictada sino también la adopción de actos y disposiciones que en principio son contrarios a los pronunciamientos de la sentencia, actos -al menos en lo que se refiere al Decreto 129/99 de 23 de abril- que han sido suspendidos en su ejecución por esta Sala mediante auto de fecha 14-7-99, aprovechando, a la sazón, la Administración esta circunstancia para manifestar que la pretensión de nulidad del precitado Decreto 129/99 la ha formulado ya la parte recurrente en el D. num. 7572/99 de forma directa e independiente”.

La falta de claridad que padecen las manifestaciones que realiza el Tribunal en torno a la declaración de nulidad del Decreto 129/1999 es, a nuestro juicio, obvia. De hecho, las dudas interpretativas que suscita este pronunciamiento llevaron a la representación de la entidad mercantil y a la representación procesal de la Xunta a presentar un recurso de súplica con el fin principal de averiguar si el Tribunal en el Auto de 30 de julio de 1999 declara o no nulo de pleno derecho el citado Decreto 129/1999.

³⁴ ORTEGA ÁLVAREZ, L., “La ejecución de sentencias”, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Dir. J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, Valladolid: Lex Nova, 1999, págs. 488-489.

Los recurrentes sostienen que la posible implícita declaración de nulidad sólo es aplicable cuando se trata de sentencias firmes. Asimismo, entienden que entre las exigencias procesales establecidas en el artículo 103 se encuentra la legitimación de las partes, de la que en este caso carecen pues o bien ya no son propietarios porque se les ha satisfecho el justiprecio o bien no han acreditado la propiedad de sus terrenos. Ahora bien, se matiza que esta última circunstancia no entorpece la condición procesal de los recurrentes, los cuales sí pueden pretender la declaración de nulidad de los actos contrarios a los pronunciamientos de la sentencia de cuya ejecución se trata, si bien entienden que estos actos contrarios no existen porque lo que en realidad se ha hecho ha sido arreglar el camino ya existente hasta la Central, así como construir un túnel a más de 40 metros de profundidad en el subsuelo que no les afecta a los propietarios.

Por otra parte, los recurrentes señalan que el Auto objeto del recurso está viciado de incongruencia en la medida en que concede algo distinto de lo pedido, esto es, la ejecución provisional de las Sentencias de 7 de abril de 1999.

Ante estas manifestaciones de la entidad mercantil y de la Administración, el Tribunal se pronuncia en el Auto dictado el 25 de octubre de 1999 y sostiene que:

(i) Los beneficiados por el fallo de la Sentencia de 7 de abril de 1999 instan realmente su ejecución provisional. Sin embargo, como se estaba produciendo un acto contrario a la misma que lo impedía, esto es, el Decreto 129/1999, solicitaron asimismo, de forma explícita, la nulidad del mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 103.4 de la nueva Ley.

(ii) El Decreto expropiatorio 129/1999 no es necesario porque, según alegan los recurrentes en súplica, las fincas que a través del mismo se acuerdan expropiar no han sido ocupadas sino que para el fin perseguido se ha acondicionado un camino y un túnel que tienen naturaleza demanial y no pueden ser objeto de expropiación. Por lo tanto, la inoportunidad del citado Decreto se pone de manifiesto en el hecho de que la obra que se persigue con su aplicación no es distinta de la presa para la que se expropian las fincas por el procedimiento de urgencia mediante el Decreto 375/1996.

(iii) Tanto el artículo 91 como el art. 103 cuando utilizan el término “sentencias” no distinguen entre sentencias firmes y no firmes. Por lo tanto, será nulo el acto o disposición contrario a los pronunciamientos de las sentencias, firmes o no, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

Tras estas declaraciones en las que el órgano jurisdiccional parece apuntar claramente la nulidad del Decreto 129/1999 impugnado y suspendido en su ejecutividad en virtud del Auto dictado el 14 de julio de 1999, el Tribunal concluye que

“el mismo constituye un acto contrario a la ejecución de la sentencia y como tal nulo, sin que fuese menester consignar que se declarará por el órgano jurisdiccional la nulidad del mismo por los trámites previstos en el apartado 2 y 3 del art. 109 de la LJCA, como consecuencia de la expresa remisión

que a éste hace el art. 103.5, al estar promovido en el recurso del que se hace mérito [R. N° 7572/1999] cuestión de la que se deja constancia en el propio Auto, en el que igualmente se considera contrario al cumplimiento de lo acordado en sentencia de la concesión de referencia, que a tenor del artículo 103.4 y como acto contrario a ella, es nulo de pleno Derecho, por lo que en modo alguno ello, en concreto lo relativo al decreto 129/99, constituya la supuesta incongruencia que se denuncia”.

El contenido de este Auto se expresa a través de una complicada redacción que, como se observa en el fragmento transcrito, dificulta altamente su comprensión. No obstante, creemos entender que el Tribunal considera que el Decreto 129/1999 es contrario a la ejecución de la sentencia que resuelve el recurso contra el Decreto 375/1996 y, por lo tanto, nulo. Ahora bien, como existe un recurso contra dicho Decreto pendiente de resolución, el órgano jurisdiccional prescinde de realizar dicha declaración por el trámite de incidentes previsto en el artículo 109.2 y 3 de la LJCA al que hace remisión expresa el art. 103.5 de la citada Ley. Según este precepto es el propio juez a quien corresponde la ejecución de la sentencia el competente para la declaración de nulidad.

El único resultado práctico de la inaplicación del art. 103.5 será que el juez no podrá anular formalmente el acto contrario. De todos modos, “subsistirá la nulidad del artículo 103.4 y la obligación del juez de ejecutar las sentencias prescindiendo de las resoluciones contrarias de la Administración cuando se dicten con la finalidad de eludir la sentencia”³⁵.

En definitiva, el Auto que resuelve el recurso de súplica pone de manifiesto que lo que se acuerda en virtud del Auto dictado el 30 de julio de 1999 es la ejecución provisional de la Sentencia de 7 de abril de 1999 y que, aunque el Decreto 129/1999 es nulo por oponerse a dicha ejecución provisional, no se declara su nulidad porque existe un recurso contra dicho Decreto pendiente de resolución.

Finalmente, en relación con la ejecución provisional cabe recordar que esta medida no deja de ser “un simple parche que intenta aliviar la lentitud de los procesos que se asume como irreparable y, por tanto, ha de administrarse con un exquisito cuidado a fin de que el remedio no venga a agravar la enfermedad”³⁶. En este sentido, la propia Ley establece límites a la ejecución provisional. Así, en su artículo 91.3 dispone que esta medida “se denegará cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación”. Este mismo precepto apartado primero párrafo 2º prevé que, en caso de derivarse de la ejecución provisional perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios, e incluso podrá exigirse garantía para res-

³⁵ BAÑO LEÓN, J.Mª., “Artículo 103.4 y 5”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* de 1998, n° 100, 1998, pág. 722.

³⁶ DEL SAZ, S., “Artículo 91”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* de 1998, REDA, n°100, 1998, pág. 646.

ponder de aquellos. En este caso no podrá llevarse a efecto la ejecución provisional hasta que la caución o medida acordada no esté constituida y acreditada en autos.

En el presente caso parece que el Tribunal no se pronuncia o, al menos, no consta de forma expresa, sobre si la ejecución provisional puede dar lugar a algunas de las situaciones legalmente previstas en el citado artículo 91.3. Consideramos que la razón por la que el Tribunal eludió entrar a controlar la existencia de estos límites es la evidente respuesta negativa. En primer lugar, la ejecución provisional no impedirá la ejecución de la sentencia firme confirmatoria o no de la impugnada y, en segundo lugar, la ejecución provisional de la sentencia en la medida que acuerda la nulidad del Decreto en cuanto que declara urgente la expropiación no produce ningún perjuicio ni a la Administración ni al interés general al que sirve. Por otra parte, los posibles perjuicios que se le pudieran producir a la entidad mercantil no impedirían tampoco la ejecución provisional de la sentencia en cuanto que dichos perjuicios serían susceptibles de valoración económica y se podrían cubrir mediante la prestación de abal o fianza suficiente.

En efecto, de acuerdo con el tenor literal del art. 91.1 apartado 2, el juez podrá exigir la prestación de una garantía o caución para compensar los perjuicios que pudieran derivarse de la ejecución anticipada. En esta ocasión el Tribunal acuerda no conceder la caución solicitada por la entidad mercantil concesionaria, cuyo título concesional es otorgado por resolución de 23 de marzo de 1999, cuando estaba pendiente de resolución el recurso que tenía por objeto el control jurisdiccional del Decreto 375/1996 de urgente ocupacion. De este modo, los posibles perjuicios que se le pudan causar al concesionario "derivarían más que de la ejecución provisional que ahora se interesa, del otorgamiento de una concesión innecesaria para el interés general, pendiente como estaba de solución jurisdiccional la bondad jurídica del Decreto que acordó la urgente ocupación".

Podría presentarse el problema de que, podría presentarse si la Administración, amparada en el artículo 87.1. d), recurriese en casación este auto de resolución de la ejecución provisional y el Tribunal estimase, tras realizar una interpretación analógica de los efectos que produce el recurso de casación contra sentencias, que la interposición de este recurso tiene efectos suspensivos, esto implicaría, como expone DEL SAZ, que "para nada sirve la ejecución provisional desde el momento en que quedará a la voluntad del posible ejecutado y no de los Tribunales la decisión sobre si se ejecuta o no provisionalmente la sentencia"³⁷. Ahora bien, también cabe que se aplique analógicamente "la solución dada por el artículo 80 en el caso de los autos sujetos a apelación a un solo efecto, y sobre la base del propio artículo 24 CE, a fin de no desnaturalizar el derecho a las medidas cautelares o el también derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales"³⁸. No obstante, el silencio de

³⁷ DEL SAZ, S., *op cit*, pág. 655.

³⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., *op cit*, pág. 114.

la LJCA ante esta cuestión exige esperar la solución arbitrada por la jurisprudencia cuando se le plantee el citado problema.

IX. REFLEXIÓN FINAL

Casos como el aquí comentado suceden con regularidad. La Administración realiza expropiaciones por la vía de urgencia sin la existencia de circunstancias reales que legitimen la utilización de dicho procedimiento. No es, por lo tanto, el factor tiempo lo que lleva a la Administración a utilizar el procedimiento del artículo 52 LEF sino más bien las “facilidades de pago” que supone la ejecución de expropiaciones por esta vía para ella, la cual obtiene los bienes que necesita para la realización de una obra pública sin que exista ninguna razón que justifique dicha urgencia.

Mientras no se lleve a cabo una reforma de la legalidad vigente, decisiones judiciales como las aquí comentadas son en la actualidad la única garantía y protección de los particulares frente a este tipo de actuaciones abusivas y arbitrarias de la Administración, la cual, con su práctica ha convertido el procedimiento excepcional de expropiación en el normal o habitual.