

33. MODIFICACIÓN DE SERVICIOS AFECTADOS COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN DE CARRETERAS

Se solicitaba informe sobre la relación entre la expropiación y la modificación de servicios afectados como consecuencia de la ejecución de carreteras. Se plantea la cuestión del plazo con que cuenta la Administración para abonar el coste de la reposición de servicios afectados y el régimen jurídico aplicable a los intereses que pudieran producirse por demora en dicho pago ¹.

La Abogacía del Estado ha examinado su petición de informe sobre el expediente de modificación de servicios de la obra clave: 39-SE-3120 «Reacondicionamiento de accesos. CN-IV Madrid-Cádiz. Autovía de Andalucía. Tramo: La Carlota-La Luisiana. Provincia de Sevilla», adjudicada a la empresa «X, S. A.», por importe de 179.580,63 euros (29.879.702 pesetas).

En el escrito de petición de informe se expone la siguiente situación:

En relación con el expediente de modificación de servicios referenciado, cuya orden de abono se remitió al Tesoro Público el 27 de noviembre de 2001 por esta Secretaría General, se ha recibido del titular del servicio autorización de pago de la cantidad resultante en concepto de intereses de demora, a favor de la empresa que realizó las obras, «X, S. A.».

Esta Secretaría General no encuentra norma legal que ampare el pago de estos intereses, ya sean las normas relativas al abono de intereses en los contratos administrativos, ni parece que se pueda plantear la «aplicación analógica» al entender que no concurren los requisitos exigidos para acudir a la analogía.

Asimismo, entiende esta Secretaría que tanto de la autorización de pago de fecha 5 de abril de 2001, como del informe 1167/01, de fecha 3 de agosto de 2001, se desprende que estamos ante una cesión de cobro que los titulares de servicios afectados hacen a favor de empresas que, en virtud de un negocio privado entre ellas, asumen la reposición de los mismos, no produciéndose un cambio en el sujeto acreedor, aunque el titular del crédito puede hacerse representar para el acto del cobro por persona o entidad que estime conveniente.

¹ Informe elaborado el 24 de noviembre de 2003 por don Rafael Domínguez Olivera. Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Fomento.

Por lo expuesto, esta Secretaría considera oportuno desestimar la solicitud de abono de intereses a favor de la empresa «X, S. A.»; no obstante, se eleva consulta a esa Abogacía para dar respuesta al interesado y adecuar el proceder de esta Secretaría a la opción más ajustada a Derecho.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Para la ejecución de una obra pública puede ser necesario no sólo ocupar determinados terrenos sino también «afectar» determinados servicios, accesos o instalaciones ubicados en el lugar de la obra.

El artículo 124 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiere a estos servicios afectados como parte necesaria del proyecto de obras:

Artículo 124. Contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración.

1. *Los proyectos de obras deberán comprender, al menos...*
 - b) *Los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como los que delimiten la ocupación de terrenos y la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados por su ejecución.*

El Reglamento General de Carreteras regula el contenido mínimo de los diferentes estudios y proyectos de carreteras y se refiere a los servicios afectados en los siguientes casos:

* En el artículo 24.1.d) respecto del «estudio previo», que comprenderá, entre otras menciones «la valoración y comparación de dichas opciones, con inclusión en cada caso, y con la aproximación adecuada, de las expropiaciones y modificaciones de servidumbres y servicios afectados, así como del planeamiento urbanístico en vigor».

* En el artículo 26.b) para el «anteproyecto», que incluirá «anexos a la memoria, entre los que deberán figurar los datos geológicos, geotécnicos, hidrológicos, territoriales y ambientales en que se ha basado la elección, así como los criterios de valoración de la obra y de los terrenos, derechos y servicios afectados».

* En el artículo 27 respecto del proyecto de construcción, que comprenderá «la relación de bienes, derechos y servicios afectados, identificados en el correspondiente plano parcelario».

* En el artículo 28, en cuanto al contenido necesario del proyecto de trazado que incluirá, entre otros documentos, los «anexos a la memoria, en los que se incluirán todos los datos que identifiquen el trazado, las características elegidas y, en su caso, la reposición de servidumbres y servicios afectados». El mismo precepto añade en su apartado segundo que «en documento separado se incluirán la definición y valoración de las expo-

piaciones precisas, así como de las servidumbres y servicios afectados, en su caso».

II. La cuestión sobre la que versa el presente informe es la de cuál es el régimen jurídico aplicable a la demora por parte de la Administración en el pago de las cantidades debidas como consecuencia de la reposición de los servicios afectados.

El supuesto de hecho puede describirse del siguiente modo:

1. La ejecución de una carretera afecta a determinados servicios o instalaciones tales como canalizaciones, conducciones eléctricas, servidumbres de paso, accesos, etc.

2. En este contexto, la Administración dueña de la obra cuenta con dos opciones:

a) Expropiar los titulares de tales servicios o instalaciones, que quedarían privados definitivamente de los mismos a cambio de obtener el correspondiente justiprecio.

b) Reponer tales instalaciones o servicios. En efecto, si la subsistencia de los servicios o instalaciones no es absolutamente incompatible con la obra (tan sólo se requiere su destrucción temporal o su desplazamiento físico fuera de la zona de afección), la reposición de aquéllos puede resultar más económica para la Administración y más ventajosa para los titulares de tales instalaciones o servicios.

A este supuesto se refiere el artículo 11.1 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, General de Carreteras (en su párrafo segundo, introducido por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre):

Artículo 11.

1. *La expropiación de bienes y derechos y la imposición de servidumbres, en su caso, necesarias para la construcción de las carreteras a que se refiere este capítulo, se efectuará con arreglo a lo establecido en la Ley de Expropiación Forzosa.*

En el caso de que deban ser expropiadas instalaciones de servicios o accesos, la Administración podrá optar en sustitución de la expropiación por la reposición de aquéllos. La titularidad de las instalaciones o accesos resultantes, así como las responsabilidades derivadas de su funcionamiento, mantenimiento y conservación, corresponderá al titular originario de los mismos. Por vía reglamentaria se regulará la audiencia de éste en el correspondiente procedimiento y su intervención en la recepción de las obras realizadas para la reposición.

En opinión de esta Abogacía del Estado, del citado artículo 11.1 de la Ley General de Carreteras (que aún no ha sido desarrollado reglamentariamente) cabe extraer las siguientes consideraciones:

1. La reposición de servicios afectados es un mecanismo sustitutivo de la expropiación [*en sustitución de*]. Por esta vía de la reposición, el

33 titular de los servicios afectados no se ve privado definitivamente de los mismos y la Administración asume el abono de las operaciones necesarias para la reposición de aquéllos.

2. La opción entre expropiar o reponer corresponde a la Administración contratante [*la Administración podrá optar*].

(En la legislación autonómica, la Ley 8/2001, de 12 julio, de Carreteras de Andalucía, concede la opción a los titulares de los servicios afectados. Establece su artículo 40:

Cuando la ejecución de las obras de carreteras suponga la reordenación de los accesos a las mismas o a los elementos de servicio colindantes con ellas o el restablecimiento de servicios afectados, la Administración titular de la vía ofrecerá a los titulares de los accesos su reposición, constituyéndose, mediante expropiación, servidumbre de paso a través de los predios sirvientes, si hubiere de realizarlos en finca de otros titulares.

La titularidad de los accesos resultantes, así como las responsabilidades de su funcionamiento y conservación, corresponderán al titular originario de los mismos.)

3. No se llega a concretar en la Ley General de Carreteras a quién incumbe realizar las operaciones de reposición: si a la Administración (a través de su contratista de obras) o al titular de los servicios afectados. Lo que la norma se limita a establecer es que *la titularidad de las instalaciones o accesos resultantes, así como las responsabilidades derivadas de su funcionamiento, mantenimiento y conservación, corresponderá al titular originario de los mismos.*

Precisamente esta responsabilidad es la que justifica la referencia final del precepto a que reglamentariamente se regule *la audiencia del titular en el correspondiente procedimiento y su intervención en la recepción de las obras realizadas para la reposición*. Es decir, se sobreentiende que cuando las obras de reposición se asuman por la Administración, dado que la responsabilidad de las instalaciones resultantes será del titular, éste debe ser oído en el procedimiento para la ejecución de dichas obras y debe intervenir en la recepción de las mismas.

III. Ya se ha apuntado que una cuestión previa (que se estima necesario resolver antes de dar respuesta al tema de los intereses moratorios) es la de sobre quién recae la responsabilidad de ejecutar las operaciones de reposición: si sobre la Administración (a través de su contratista de obras) o sobre el titular de los servicios afectados.

Considera esta Abogacía del Estado que del silencio que sobre esta cuestión mantiene el artículo 11.1 de la Ley General de Carreteras puede deducirse que son jurídicamente posibles las dos soluciones: las obras de reposición pueden realizarse por la Administración (a través de su contratista) o por el titular de los servicios afectados, dependiendo la opción de

los términos en que se redacte por la Administración el correspondiente proyecto de obras.

En efecto, cabe entender que la reposición de servicios es asumida por la Administración (a través de su contratista) cuando su coste se incluye en el presupuesto del proyecto, con lo que el contratista queda obligado a ejecutarlas en virtud del contrato de obras que tiene celebrado con la Administración.

Igualmente, merece destacarse además que las operaciones de reposición pueden incluirse en el presupuesto del proyecto tanto inicial como posteriormente, en virtud de la tramitación de un expediente para la modificación del contrato originario.

También puede ocurrir, si se dan los requisitos que exige el precepto, que tales operaciones de reposición se encarguen por la Administración al amparo del artículo 141.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, como obras accesorias o complementarias del contrato principal.

Pues bien, en todos estos casos (reposición de servicios que figura en el presupuesto del contrato o que se ejecuta como obra accesoria o complementaria) el contratista adquiere el derecho a cobrar su importe directamente frente a la Administración y en las condiciones establecidas en el artículo 99 de la LCAP para el pago de las certificaciones de contratos.

A este propósito de incorporar la reposición de servicios al presupuesto de los proyectos parece que responde la Circular de 4 de noviembre de 1996, también de la Dirección General de Carreteras: *«... A partir de la recepción de la presente, además de la obligatoriedad de recoger en los proyectos las modificaciones de servicios afectados por la ejecución de las obras [Circular de 7 de marzo de 1994], deberán recogerse, en los correspondientes proyectos modificados y con el mismo procedimiento que los recogidos en el proyecto principal, todos aquellos servicios no detectados durante la redacción de dicho proyecto principal que aparezcan en la ejecución de las obras.»*

IV. Sin embargo, puede darse el caso de que la reposición de servicios no se ha incluido en el presupuesto del proyecto, aunque sí figure en el anejo de expropiaciones que forma parte del mismo proyecto.

[Conforme al ya citado artículo 28, del Reglamento General de Carreteras, integran el proyecto de trazado, entre otros documentos, el «presupuesto», añadiendo dicha norma que *«en documento separado se incluirán la definición y valoración de las expropiaciones precisas, así como de las servidumbres y servicios afectados, en su caso.»*]

La dificultad surge porque ocurre con frecuencia que, pese a no estar incluida la reposición en el presupuesto del proyecto, es la misma empresa contratista de las obras la que asume las operaciones de reposición.

A esta situación es a la que se refiere el escrito de consulta cuando expresa que *estamos ante una cesión de cobro que los titulares de servicios afectados hacen a favor de empresas que, en virtud de un negocio privado entre ellas, asumen la reposición de los mismos, no produciéndose un cambio en el sujeto acreedor, aunque el titular del crédito puede hacerse representar para el acto del cobro por persona o entidad que estime conveniente.*

De acuerdo con esta tesis, «X, S. A.» (adjudicataria de las obras «Reacondicionamiento de accesos. CN-IV Madrid-Cádiz»), se ha encargado de reponer una conducción general de agua no porque esta operación estuviera presupuestada o incluida en su contrato de obras, sino porque ha aceptado el encargo que en tal sentido le hizo el Consorcio de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas «Plan Écija» (titular del servicio afectado). Dicho encargo se ha completado con el apoderamiento de cobro que el citado Consorcio ha hecho a favor de la constructora.

Pues bien, esta Abogacía del Estado comparte el criterio expuesto en el escrito de consulta en el sentido de que, cuando la reposición no está incluida en el presupuesto del proyecto, la ejecución de las obras que la reposición requiera incumbe a los titulares de los servicios afectados; quienes pueden realizarlas por sus propios medios o bien contratándolas con terceros (incluida la empresa que está ejecutando las obras para la Administración). Como compensación, el titular de los servicios afectados adquiere frente a la Administración el derecho a ser resarcido por los costes que se le hubieran ocasionado, pudiendo ceder este crédito o apoderar a un tercero para el cobro (normalmente la empresa que ha ejecutado la obra).

[Esta Abogacía del Estado considera que es jurídicamente admisible una cesión de créditos; si bien la práctica que sigue la Dirección General de Carreteras, con la conformidad de esta Abogacía del Estado, es la de exigir en estos expedientes un apoderamiento de cobro, con lo que el acreedor de la Administración sigue siendo el titular de los servicios afectados.]

Desde la perspectiva de los créditos, cabría expresar la misma idea del siguiente modo: cuando la reposición no está incluida en el presupuesto del proyecto, la Administración paga los costes de la reposición no con cargo al precio del contrato sino con cargo a la partida destinada a expropiaciones.

Corroboraría esta tesis la ya antigua Circular de 26 de febrero de 1973, de la Dirección General de Carreteras, sobre «Modificación de líneas eléctricas con motivo de planes y proyectos aprobados por el Ministerio de Obras Públicas». En ella pueden encontrarse las siguientes instrucciones sobre el modo de proceder en estos casos:

«Aprobado definitivamente un proyecto que implique modificación de líneas eléctricas... el servicio encargado de la ejecución de la obra se dirigirá a la entidad titular de la línea con orden de que efectúe

la variación del tendido... deberá concedérsele el plazo que técnicamente sea necesario para la ejecución de la obra... se le advertirá simultáneamente de su derecho a presentar el presupuesto, razonado y detallado, de gastos y perjuicio que la expresada modificación le ocasiona... en todo caso, los fastos derivados de la modificación de líneas eléctricas tienen la naturaleza de gastos de expropiación forzosa...»

V. Sobre esta base, procede ya responder a la cuestión sobre la que se solicita informe: el régimen de los intereses de demora que puedan exigirse a la Administración por retraso en el pago de los costes de las operaciones de reposición.

Ya se ha anticipado que cuando la reposición de servicios es asumida por la Administración (a través de su contratista) incluyendo su importe en el presupuesto del proyecto, el contratista adquiere el derecho a cobrar esta cantidad en las mismas condiciones aplicables a la ejecución de las restantes unidades de obra que forman parte del mismo (art. 99 de la LCAP).

Sin embargo, no parece que pueda llegarse a la misma solución en los casos en que es el propio titular de los servicios afectados el que asume su reposición (ya sea realizando las obras por sus propios medios o encargándola a una empresa).

En opinión de esta Abogacía del Estado, cuando el coste de la reposición de servicios no se ha incluido en el presupuesto del contrato de obras celebrado por la Administración, dichos costes no son equiparables al precio de este contrato ni siquiera en el caso de que el titular de los servicios afectados encomiende las obras de reposición a la empresa que, a la vez, es contratista de la Administración.

En efecto, parece claro que no se está ante un contrato administrativo de obras cuando la reposición se realiza por el propio titular sin intervención alguna de la empresa contratista de la Administración (y lo mismo cabría decir cuando el titular de los servicios encarga su reposición a una empresa distinta de la contratista de la Administración).

Pero es que, en opinión de esta Abogacía del Estado, aunque el titular de los servicios encargue su reposición a la misma empresa contratista de la Administración, tampoco será equiparable esta relación jurídica a la que nace con el contrato administrativo. La razón fundamental reside, se estima, en que el titular de los servicios afectados no está legitimado para, por su propia decisión, ampliar el objeto de un contrato de obras concertado por la Administración (en el que sólo se podrán incluir las operaciones de reposición si así lo acuerda el órgano de contratación).

La postura que se acaba de exponer determina que, en cuanto al régimen de intereses de demora por retraso en el pago de los gastos por reposición de servicios afectados, esta Abogacía del Estado considere inaplicable por analogía el artículo 99 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A solución distinta se llegaba en la sentencia de 20 de abril de 2001, dictada por el Tribunal Superior de Justicia Baleares. En ella, a propósito de una reposición de servicios encargada por una sociedad mercantil a la empresa contratista de la Comunidad Autónoma de Baleares, el citado Tribunal consideró que el pago tardío de las obras de reposición debía regirse por la normativa sobre retraso en el pago de certificaciones de obra.

Esta Abogacía del Estado discrepa respetuosamente del citado pronunciamiento judicial, siendo de destacar que, al no proceder del Tribunal Supremo y no constituir un criterio reiterado en varias sentencias, tampoco constituye jurisprudencia (art. 1.6 del Código Civil).

Descartada la aplicación analógica de la legislación sobre contratos, cabría plantearse si a la demora en el pago de la reposición de servicios podría regirse por lo establecido en la legislación de expropiación forzosa para el pago tardío del justiprecio.

A favor de la aplicación analógica de la legislación sobre expropiación forzosa podría emplearse fundamentalmente el argumento sistemático que deriva de que la legislación de carreteras se refiera conjuntamente a las expropiaciones y a la reposición de servicios:

* El artículo 11 de la Ley General de Carreteras regula el régimen de las expropiaciones necesarias para la construcción de carreteras y dentro del precepto, se refiere a la reposición de servicios afectados.

* El Reglamento General de Carreteras, regula el contenido de los estudios y proyectos de carreteras mencionando en los mismos apartados las expropiaciones y a las reposiciones de servicios (arts. 24 a 28 ya citados).

* La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas, cuyo artículo 16.2 establece: «La necesidad de ocupación se entenderá implícita en la aprobación por el Ministerio de Fomento de los proyectos de trazado, en los cuales se definirá con precisión la zona objeto de expropiación, incluyendo los accesos y las áreas de servicio y expresando asimismo los servicios y servidumbres afectados».

Sin embargo, se estima que, pese a ello, debe descartarse la aplicación de la normativa sobre expropiación forzosa; puesto que la *reposición* no es propiamente un *equivalente* a la expropiación sino un mecanismo *substitutivo* de ésta. Es decir, constituye una alternativa (algo distinto) a la expropiación, que genera respecto de los interesados derechos y obligaciones diferentes de los derivados de un expediente expropiatorio (por ejemplo, lo que percibe el titular de los servicios no es propiamente el justiprecio que compensa una privación de sus derechos patrimoniales; sino el coste de unas obras ejecutadas sobre las instalaciones de las que es titular y de las que sigue siendo titular).

Es decir, aunque en la legislación de carreteras puedan encontrarse referencias conjuntas a las expropiaciones y a la reposición de servicios, esto no supone, en opinión de esta Abogacía del Estado, que unas y otras

queden equiparadas o que exista entre ellas la identidad de razón que permitiría extender a la reposición de servicios el régimen de intereses de demora establecido para la expropiación.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de noviembre de 2000, ha declarado que la aplicación analógica de las normas está condicionada *a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado*, añadiendo que se trata de una *operación jurídica muy delicada que exige mesura, ponderación, meditado y cuidado uso*.

VI. Reconocido el hecho de que la Administración adeuda al titular de los servicios afectados una determinada cantidad (el coste de la reposición) y descartado que el régimen de los intereses de demora pueda resolverse acudiendo por analogía a la legislación de contratos o de expropiación forzosa; considera esta Abogacía del Estado que son aplicables al caso las reglas generales de pago y abono de intereses establecidas en los artículos 43 y 45 de la Ley General Presupuestaria, que es norma general y supletoria en la materia.

[Se emplean los arts. 43 y 45 en la versión del texto refundido de la Ley General Presupuestaria –Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre–, en tanto que siguen vigentes hasta el 1 de enero de 2005, fecha en la que entrará en vigor la nueva Ley General Presupuestaria –Ley 47/2003, de 26 de noviembre.]

Sobre esta base, se estima que cabe considerar lo siguiente:

a) En cuanto al nacimiento de la obligación de pago, es aplicable el artículo 43 de la Ley General Presupuestaria, en él se reconoce la denominada regla del «servicio hecho»:

Artículo 43.

1. *Las obligaciones de pago sólo son exigibles de la Hacienda Pública cuando resulten de la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones de Tesorería legalmente autorizadas.*

2. *Si dichas obligaciones tienen por causa las prestaciones o servicios a la Administración Pública, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación.*

Con fundamento en dicha norma, considera esta Abogacía del Estado que la obligación de abonar el coste de la reposición de servicios afectados no nace para la Administración sino después de que dicha reposición se ha realizado; lo que deberá acreditarse ante ella por el interesado en el cobro (en el art. 11.1 de la Ley General de Carreteras, pendiente en este aspecto de desarrollo reglamentario, parece aludirse a una especie de recepción separada de las obras realizadas para la reposición de servicios).

b) En cuanto a los intereses por demora en el pago, es aplicable el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria:

Artículo 45.

Si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 36, párrafo 2, de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor reclame por escrito el cumplimiento de la obligación [se refiere el art. 36.2 al interés legal del dinero].

En definitiva, una vez acreditada ante la Administración que han concluido las obras para la reposición de los servicios afectados, ésta cuenta con un plazo de tres meses para abonar su importe y queda obligada a abonar intereses de demora sobre la cantidad debida desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación. El interés a aplicar será el interés de demora vigente al tiempo de presentarse la citada reclamación.

CONCLUSIONES

Primera. La reposición de servicios afectados es un mecanismo *sustitutivo* de la expropiación que puede emplearse cuando así lo acuerda la Administración (art. 11 de la Ley General de Carreteras).

Segunda. La ejecución de las obras de reposición puede ser asumida por la Administración (a través de su contratista) o encomendarse al titular de los servicios afectados; lo que dependerá de los términos en que se redacte por la Administración el correspondiente proyecto de obras.

Tercera. Cuando el coste de las operaciones de reposición de servicios se haya incluido en el presupuesto del proyecto de obras (ya sea inicialmente, ya sea mediante la tramitación posterior de un modificado) o cuando tales operaciones sean objeto de un contrato de obras accesorias o complementarias; el contratista de la Administración queda obligado a ejecutarlas y adquiriendo directamente frente a ésta el derecho a cobrar su importe con sujeción a lo establecido en el artículo 99 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Cuarta. Cuando la reposición de servicios no se haya incluido en el presupuesto del proyecto de obras, y sólo figure en el anejo de expropiaciones, se estiman inaplicables por analogía tanto el artículo 99 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como los preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa sobre intereses por demora en el pago del justiprecio.

En este caso, el régimen de pago y abono de intereses será el establecido en los artículos 43 y 45 de la Ley General Presupuestaria, con las consecuencias concretas que se detallan en el apartado sexto del presente informe.