

USO Y ABUSO DE LA POTESTAD EXPROPIATORIA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EFECTIVA UTILIDAD PÚBLICA DE LAS RESERVAS DE SUELO PARA SU INCORPORACIÓN A LOS PATRIMONIOS MUNICIPALES Y SU NECESARIA JUSTIFICACIÓN: EL CASO DEL POLÍGONO INDUSTRIAL SORIA II.—III. EL SACRIFICIO EXPROPIATORIO HA DE LIMITARSE A LO ESTRICTAMENTE INDISPENSABLE: EL CASO DE LA AUTOVÍA DEL AGUA DE CANTABRIA.—IV. EL DEBATE ENTRE ALTERNATIVAS DIVERSAS.

RESUMEN

La garantía constitucional de la propiedad exige el control judicial de la efectiva existencia de una causa de utilidad pública que justifique la expropiación de un bien. Los tribunales deben revisar también si la ocupación se ha limitado a lo estrictamente indispensable. Las sentencias más recientes del Tribunal Supremo muestran la doctrina a seguir en estos casos.

Palabras clave: expropiación; utilidad pública; necesidad de ocupación; control judicial.

ABSTRACT

The constitutional guarantee of the private property requires the judicial review of the real existence of a public utility cause to justify the expropriation of everything. The courts must review too if the taking has been limited to the strictly indispensable. The most recent sentences of the Supreme Court shown the doctrine to follow on this type of problems.

Key words: expropriation; public utility; limits of the taking; judicial review.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 es la única de las grandes leyes administrativas anteriores a la Constitución que todavía queda en pie. Aunque son muchos sus méritos, son notorias también sus debilidades, que una praxis abusiva ha explotado sis-

temáticamente con grave perjuicio de las garantías del expropiado¹. Las declaraciones implícitas de la utilidad pública y de la propia necesidad de ocupación de los bienes que los artículos 10 y 17 de la Ley vincularon a la aprobación de los planes y proyectos de las Administraciones territoriales han hecho siempre y siguen haciendo hoy muy difícil la defensa de los afectados frente a las eventuales —y no infrecuentes— utilizaciones abusivas de la potestad expropiatoria. Por eso merecen celebrarse las sentencias de los tribunales de la jurisdicción que, superando las dificultades al uso, consiguen poner coto a esos abusos y contribuyen con ello a devolvernos la confianza en el sistema.

Éste es el caso de las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 y 26 de junio de 2012 (asunto Autovía del Agua de Cantabria) y de 28 de mayo de 2013 (asunto Polígono Industrial Soria II), a las que voy a referirme a continuación.

Para completar el cuadro que ofrece la jurisprudencia más reciente haré alusión finalmente a algunas sentencias, más polémicas, que abordan el difícil problema de las alternativas a la ocupación acordada.

II. LA EFECTIVA UTILIDAD PÚBLICA DE LAS RESERVAS DE SUELO PARA SU INCORPORACIÓN A LOS PATRIMONIOS MUNICIPALES Y SU NECESARIA JUSTIFICACIÓN: EL CASO DEL POLÍGONO INDUSTRIAL SORIA II

La delimitación de reservas de suelo para su incorporación, vía expropiación, a los patrimonios municipales de suelo tiene un sentido institucional plausible: facilitar la adquisición de terrenos por los ayuntamientos con la finalidad de regular el mercado de terrenos, que fue, justamente, el objetivo perseguido por la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, que dio vida a dichos patrimonios², o bien, más genéricamente, para facilitar la ejecución del planeamiento o la realización de actuaciones de iniciativa pública³.

Sin embargo, ese claro sentido institucional fue pronto traicionado por algunas Administraciones públicas que vieron enseguida, como si

¹ Me remito en este punto a las observaciones por mí formuladas, a propósito del último intento de reforma de la todavía vigente Ley de Expropiación Forzosa, en «Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio», en el núm. 166 de la *Revista de Administración Pública*, págs. 7 y ss.

² A esa función básica, lamentablemente fallida, de los patrimonios municipales del suelo como mecanismo regulador del mercado de terrenos y elemento equilibrador del sistema de valoraciones objetivas establecido por la Ley del Suelo de 1956 y la ley de la oferta y la demanda vengo refiriéndome en mi *Manual de Derecho Urbanístico*, desde su primera edición en 1980. Vid. págs. 143 y ss. de la actual, que es la 22.^a, 2011.

³ Vid. artículos 37 y 38 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2008.

de simples especuladores se tratara, el negocio que una operación de delimitación de estas reservas de suelo podía suponer. Se delimita una extensión determinada de suelo no urbanizable, se expropia dicho suelo al precio ínfimo que dicha clase de suelo alcanza en el mercado y, una vez incorporado al patrimonio municipal, se modifica el planeamiento para clasificar como suelo urbanizable el suelo así adquirido, con el consiguiente aumento de valor que ello supone.

La Junta de Andalucía fue la primera en poner en marcha este tipo de operaciones, que S. MARTÍN VALDIVIA denunció tempranamente en su tesis doctoral⁴. Su reiteración dio lugar a una respuesta del propio legislador, que con la intención de frenarlas introdujo en la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998 un precepto, el apartado 3 de su artículo 40, que imponía la reversión de los terrenos así expropiados si, como consecuencia de una modificación del planeamiento, se alteraran los usos, intensidades o aprovechamientos y ello supusiera un incremento del valor de los mismos.

La medida no fue, sin embargo, efectiva porque el legislador se vio obligado a dejar a salvo las alteraciones resultantes de una revisión en sentido propio del planeamiento⁵, por lo que estas prácticas abusivas se siguieron produciendo, sin que el Tribunal Supremo, que pecó de ingenuidad o de deferencia, acertara a darse cuenta del fraude.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013 da cuenta de un supuesto particularmente escandaloso, que yo tuve ocasión de vivir muy de cerca: la delimitación que por dos veces intentó el Ayuntamiento de Sevilla de la reserva de los terrenos del antiguo aeródromo de Tablada, que fueron desafectados en 1997 y reintroducidos en el tráfico privado por la Gerencia de Infraestructuras del Ministerio de Defensa mediante subasta pública, en la que fueron adjudicados a un Consorcio formado por dos Cajas de Ahorro sevillanas al precio de 3.000 pesetas/m². El primero de dichos intentos fue dejado cautelarmente en suspenso por un Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla de 14 de noviembre de 2003, lo que no arredró en absoluto al Ayuntamiento sevillano, que, acto seguido, tramitó un nuevo proyecto de delimitación, cuya aprobación fue también suspendida

⁴ Cfr. S. MARTÍN VALDIVIA, *Urbanismo y especulación. Los patrimonios públicos del suelo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1998.

⁵ El texto literal del precepto decía, en efecto, que «procederá la reversión de los terrenos expropiados para la formación y ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo si, como consecuencia de una modificación del planeamiento *que no se efectúe en el marco de la revisión de éste*, se alteraran los usos, intensidades o aprovechamientos y ello supusiera un incremento del valor de los mismos». Dejar a salvo la *revisión* del planeamiento era conceptualmente obligado porque la *revisión* supone una planificación *ex novo*, una reconsideración total de la ordenación del territorio, a la que, en principio, no pueden ponerse límites.

cuando estaba a punto de consumarse la expropiación de los terrenos a poco más de tres euros el metro cuadrado. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Sevilla, con su Sentencia de 17 de febrero de 2006, confirmada en apelación por la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de julio de 2008, evitó así lo que hubiera sido un auténtico atropello⁶.

Este feliz desenlace fue posible porque en el curso de ese largo procedimiento duplicado el Tribunal Supremo rectificó su jurisprudencia anterior con una brillante Sentencia de 21 de mayo de 2003, que ante una delimitación de una reserva de suelo acordada sin precisar «los concretos y específicos usos que se tienen previstos», en base solamente a una simple «referencia a problemas urbanísticos generales que puedan ser resueltos al margen de la figura del Patrimonio municipal del Suelo», declaró que la disposición legal vincula al acuerdo de delimitación el reconocimiento de la utilidad pública y la necesidad de ocupación, lo que «*sólo tiene sentido si el acto de reserva expresa una concreta finalidad protegida por la Ley que no sea la mera referencia al Patrimonio Municipal del Suelo*», ya que, de no exigirse este requisito, «podría convertirse, en contra de la naturaleza y finalidad que le imponen los artículos 276 y 280.1 del Texto Refundido de 1992 en un mero procedimiento municipal de adquisición de suelo al margen de cualquier finalidad específica».

Una Sentencia ulterior de 21 de enero de 2005 ratificó esta misma doctrina y anuló la delimitación de una reserva semejante por el Ayuntamiento de Puerto Real, con lo que la nueva doctrina jurisprudencial quedó definitivamente consolidada. Pese a ello, ha sido necesario todavía un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo en este mismo sentido, la Sentencia de 28 de mayo de 2013 (Ponente: J. E. PECES MORATE), que ha rechazado los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Soria y por la Comunidad de Castilla y León contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Burgos de 18 de noviembre de 2009 que anuló la Orden de la Consejería de Fomento de 27 de septiembre de 2007 aprobatoria de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Soria, y en concreto de la creación del Polígono Industrial Soria II.

⁶ De ello da cuenta la Sentencia de 8 de abril de 2013 (hay otra idéntica a ésta) que estimó el recurso de casación interpuesto contra la dictada por la Sala de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de mayo de 2010, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por los propietarios de los terrenos de Tablada contra la aprobación definitiva de la revisión del Plan General de Ordenación de Sevilla en el punto relativo a la clasificación de dichos terrenos como suelo no urbanizable de especial protección.

La nueva Sentencia dictada por el Tribunal Supremo desestimó también el citado recurso contencioso-administrativo.

La decisión administrativa, que provocó en su momento innumerables protestas por la proximidad del polígono por ella delimitado a los lugares en los que estuvieron acampadas las legiones romanas que asediaron Numancia el año 133 a. de C. y que alcanzó por ello notoriedad en la prensa nacional, fue anulada por la Sentencia de instancia por estimar que la utilidad pública de la medida por ella aprobada carecía de la imprescindible justificación por encontrarse «en abierta contradicción con la Memoria del Plan que modifica». Y es que, en efecto, el Plan General de Ordenación Urbana aprobado el 10 de marzo de 2006 preveía ya la creación de un Polígono Industrial de 274,8 hectáreas, con el que, según se precisaba en la Memoria, «se dispondrá de suelo suficiente para la implantación industrial en una zona periférica, bien comunicada con la ciudad, con la previsión de nuevas infraestructuras generales de comunicaciones y separada del núcleo residencial por un espacio arbolado... siendo ésta la zona idónea para el desarrollo industrial».

Era, pues, difícil de entender e imposible de aceptar que a finales del propio año 2006, unos pocos meses después, por lo tanto, de la aprobación del Plan General, se aprobara inicialmente una modificación de éste para delimitar una reserva de suelo de otras 117 hectáreas con destino a la creación de un nuevo polígono industrial sin más explicaciones que una genérica referencia a «la demanda potencial de parcelas industriales que se registran en la actualidad», que para ser tenida por cierta hubiera debido venir acompañada de una demostración de la insuficiencia de las 274,8 hectáreas del Polígono Industrial recién creado por el Plan General.

La falta de justificación de la medida era tan flagrante que tanto el Ayuntamiento de Soria como la Junta de Castilla y León trataron de obviar sus consecuencias centrando su impugnación en sede casacional en la supuesta desviación en la que habría incurrido la Sentencia de instancia al expresar un juicio de valor sobre la falta de conveniencia de crear una reserva de suelo, lo que, en su opinión, excedería lo que es propio del control de legalidad al incidir en cuestiones de oportunidad, cuya crítica está vedada a la jurisdicción.

El socorrido alegato, cuyo descrédito actual es ya indisimulable⁷, pretendía apoyarse en este caso en la finalidad económica de la medi-

⁷ Sobre ello llamé ya la atención, hace más de veinte años, en mi trabajo *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, 1991, lo que produjo un notable escándalo en un sector de la doctrina.

Hoy, en cambio, en la doctrina francesa hay quienes piensan que la aplicación del principio de proporcionalidad transforma las cuestiones de oportunidad en cuestiones de legalidad y quienes consideran que en ciertos casos el juez controla no sólo la legalidad, sino también la oportunidad. Vid. al respecto el excelente análisis de la jurisprudencia francesa de P. SERRAND, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente», en la *Revue de Droit Public*, núm. 4/2012, págs. 901 y ss.

da adoptada, pero fue impecablemente respondido por la Sentencia que comentamos, que en los dos párrafos finales de su decisivo fundamento jurídico segundo afirma, con acierto, que «aunque la finalidad primordial perseguida en este caso, como insistentemente se nos recuerda, sea de carácter económico... la constitución de estas bolsas de terrenos tiene efectos urbanísticos que no pueden ser obviados». «La exigencia de justificación no viene cubierta —continúa la Sentencia— por el contenido del instrumento, que se limita a expresar una fórmula genérica de que la finalidad perseguida es poner suelo industrial debidamente urbanizado a “disposición de potenciales destinatarios a un precio razonable al margen de cualquier idea de especulación” o que la puesta a disposición de más cantidad de suelo industrial actuará de reclamo para la implantación de empresas de mayor envergadura. *Cláusulas de este tipo no dan explicación alguna ni al emplazamiento, ni a la extensión, ni a previsiones temporales o de programación, ni a la incidencia que la reserva vaya a tener en los demás sectores de uso industrial*».

Es insuficiente, en consecuencia —concluye—, como justificación, la que se limita a invocar la voluntad de crear la reserva, «incluso aunque se incorpore la previsión mediata del desarrollo de un polígono industrial». Y lo es porque «las exigencias de un especial cuidado en la motivación derivan de las trascendentales consecuencias que comporta la adopción de esta clase de medidas tanto para los propietarios de los terrenos delimitados, que pueden verse privados de sus bienes, pues la delimitación para crear la reserva implica la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación a efectos expropiatorios, como para los propietarios de los sectores de suelo industrial recientemente conformado, cuyo desarrollo puede verse abocado al fracaso al preverse nuevas piezas de gestión pública; y junto a los intereses privados, es evidente el compromiso de los intereses públicos al exigirse importantes inversiones con resultados, en el mejor de los casos, imprevisibles. Aparte de ello, el eventual control deriva de la contingencia de que se produzcan abusos o decisiones arbitrarias»⁸.

A todo ello, esta excelente Sentencia añade para cerrar su argumentación un último razonamiento que está destinado, en mi opinión, a jugar un importante papel en el futuro inmediato como criterio rector de la clasificación del suelo urbanizable en la que tan intensamente se manifiesta la discrecionalidad característica de planeamiento. Me refiero al principio de desarrollo sostenible, en el que pone especial énfasis la legislación urbanística estatal⁹, principio que —dice la Sen-

⁸ Este razonamiento recuerda la técnica francesa del *bilan*.

⁹ Introducido por la Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007. Vid. artículo 2.

tencia— «*comporta una clasificación responsable del suelo urbanizable o, si se prefiere, el necesario para atender a las necesidades económicas y sociales*».

Es de esperar que con esta Sentencia tenga fin la utilización abusiva de la potestad expropiatoria en el ámbito urbanístico.

III. EL SACRIFICIO EXPROPIATORIO HA DE LIMITARSE A LO ESTRICTAMENTE INDISPENSABLE: EL CASO DE LA AUTOVÍA DEL AGUA DE CANTABRIA

La Autovía del Agua de Cantabria es una infraestructura hidráulica que conecta mediante una tubería soterrada todas las cuencas internas de la región en un recorrido, sensiblemente paralelo al litoral, de 160 kilómetros.

Para el servicio y mantenimiento de esta importante obra pública, que facilita los trasvases de unas cuencas a otras y asegura de este modo el abastecimiento de todas las poblaciones costeras, se proyectó un pasillo de cinco metros de anchura, al que inicialmente quiso asignarse también una segunda función: la de servir como senda para peatones y ciclistas.

Fue esto último, sobre todo, lo que desató las protestas de los que veían cómo sus propiedades iban a quedar divididas y atravesadas por un camino abierto al público, con la consiguiente desvalorización y pérdida de intimidad de sus viviendas¹⁰. Esas protestas se formalizaron por los afectados de los tramos Villaescusa-Ribamontán al Monte, Ribamontán al Monte-Ribamontán al Mar, Ribamontán al Mar-Arnuero y Arnuero-Santoña, que en sus alegaciones a los proyectos correspondientes solicitaron que, en lugar de expropiarse el pleno dominio de los terrenos del pasillo, se constituyera una servidumbre de acueducto, lo que, a su juicio, sería suficiente para asegurar el mantenimiento de la obra pública y evitaría los perjuicios que una expropiación plena habría de producir necesariamente.

La Administración cántabra no dio respuesta a estas alegaciones, por lo que los interesados interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de las mismas por silencio administrativo e indirectamente contra el Decreto aprobatorio de los proyectos de cada tramo. Los citados recursos, tres concretamente, fueron desestimados por Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 30 de marzo de 2009, que fueron revocadas en casación por las del Tribunal Supremo de 19 y 26 de junio y 16 de octubre de 2012

¹⁰ Esta segunda afectación fue eliminada luego en el curso del procedimiento.

(Ponentes: Luis M.^a Díez-Picazo, de la primera y de la última, y Agustín Puente Egea), estimando los recursos en su día interpuestos y anulando los Decretos impugnados «en la medida en que disponen la expropiación del pleno dominio de una franja de terreno en las fincas de los recurrentes, manteniendo su validez en cuanto *causa expropriandi* para la constitución forzosa de servidumbres de acueducto allí donde la Autovía del Agua discurre por las fincas de los recurrentes».

El Tribunal Supremo llega a esta conclusión tras constatar que la Memoria de los proyectos aprobados por los Decretos recurridos se limitaba a describir la obra a ejecutar, sin aportar razón alguna para justificar la expropiación plena de los terrenos del camino de servicio proyectado. Este vacío explicativo quiso ser llenado por una «Nota aclaratoria del Jefe del Servicio de Planificación Hidráulica de la Comunidad de Cantabria», pero el Tribunal advirtió que su fecha era posterior a la interposición de los recursos contencioso-administrativos, «lo que permite racionalmente sospechar que se trata de una explicación construida *a posteriori* y por ello mismo muy poco respetuosa con la exigencia de motivación de los actos administrativos limitativos de derechos». «Así las cosas —dice— es cuando menos dudoso que la Sentencia impugnada tuviera un sólido fundamento para concluir que, dadas las circunstancias del presente caso, la expropiación del pleno dominio fuera estrictamente indispensable para alcanzar el fin perseguido por la Administración».

Dicho esto, la Sentencia afirma con acierto que la legislación de aguas vigente permite la consecución del objetivo mencionado en la referida «nota aclaratoria» sin necesidad de expropiar el pleno dominio de la correspondiente franja de terreno, ya que el artículo 24 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, prevé que «al establecerse la servidumbre forzosa de acueducto se señalará la anchura de los terrenos del predio sirviente que han de ser ocupados por la acequia o conducción y sus zonas de servicio», a lo que el artículo 32 del propio texto reglamentario añade que «se entenderá implícito en la servidumbre forzosa de acueducto el derecho de paso por sus márgenes para el exclusivo servicio del mismo», todo lo cual le permite concluir cómodamente «que *los medios necesarios para alcanzar el objetivo mencionado en la “nota aclaratoria” están implícitos en la servidumbre de acueducto, por lo que la expropiación del pleno dominio excede de lo “estrictamente indispensable” en el sentido del artículo 15 LEF*».

A mayor abundamiento, la Sentencia se carga de razón al subrayar que la expropiación del pleno dominio de los terrenos en lugar de la simple constitución forzosa de una servidumbre de acueducto «dista de ser irrelevante para los propietarios de las fincas afectadas», ya que «incluso

pasando por alto otros posibles inconvenientes y molestias, hay un extremo que resulta incuestionable: como ellos mismos afirman, la expropiación de una franja de terreno de cinco metros de anchura implica normalmente la división de las fincas en dos partes separadas. *Y esto supone un sacrificio desproporcionado, especialmente habida cuenta que el objetivo perseguido por la Administración, como se acaba de ver, puede ser logrado por un medio menos gravoso».*

Una decisión, formalmente duplicada, verdaderamente ejemplar por su extremada sencillez y expresividad.

IV. EL DEBATE ENTRE ALTERNATIVAS DIVERSAS

El debate sobre las diversas alternativas posibles forma parte también de la pieza de necesidad de ocupación, ya que el artículo 19.1 de la Ley de Expropiación Forzosa permite a las personas afectadas por un proyecto alegar «los motivos por los que deba considerarse preferente la ocupación de otros bienes o la adquisición de otros derechos distintos y no comprendidos en la relación como más convenientes al fin que se persigue».

La propia Ley invita, pues, a abrir el debate sobre este tema capital, que a la Administración corresponde, obviamente, cerrar mediante una resolución motivada que, para serlo realmente, habrá de valorar las distintas alternativas enfrentadas y aportar las razones en las que apoya su elección en favor de una de ellas.

No hace falta decir que estos preceptos han dado hasta ahora muy poco juego, lo que no debe extrañar porque tampoco la jurisprudencia del *Conseil d'État*, que a partir del célebre *arrêt Ville Nouvelle Est*, de 28 de mayo de 1971, no tiene inconveniente en controlar si un proyecto es efectivamente de utilidad pública a partir de un balance de sus ventajas y de sus inconvenientes, se muestra dispuesta a comparar los méritos de dos proyectos posibles¹¹, lo que, en la autorizada opinión de LABETOUILLE, «no se impone en el terreno de la lógica», ya que entre una cosa y otra «no hay más que una diferencia de grado y no de naturaleza»¹².

En mi opinión, la comparación entre las distintas alternativas de ocupación es rigurosamente obligada a la vista de los preceptos legales más atrás citados. Y es que, en efecto, «toda discrecionalidad administrativa, en el genuino sentido de este concepto, está aquí excluida por entrar en juego la garantía constitucional de la propiedad; la

¹¹ Me remito de nuevo al estudio de P. SERRAND, cit., págs. 912 y ss.

¹² Citado por P. SERRAND, cit., pág. 914.

Administración (y, menos aún, el beneficiario privado) no es libre de escoger a su albur las propiedades o derechos que han de resultar afectados, sino que debe señalar, precisamente, según la justa expresión legal, la “solución más conveniente” a la realización del fin propio de la causa de la expropiación, expresión que remite con toda claridad a un concepto jurídico indeterminado que sólo admite una solución justa. El propio concepto básico de “necesidad” (no simple posibilidad, menos aún capricho) de la ocupación abunda en el mismo sentido»¹³.

Si esto es así con carácter general, resulta sencillamente indiscutible en aquellos casos en los que la legislación sectorial, al referirse al trazado de una infraestructura viaria, utiliza expresiones como «*el más adecuado*» o «*la opción más recomendable*», como hacen los artículos 10 y 25 de la Ley de Carreteras de 29 de julio de 1988 y de su Reglamento de 2 de septiembre de 1994, respectivamente.

Este último precepto es inequívoco al respecto, ya que obliga a incluir en el Estudio informativo de una nueva vía «todas las opciones de trazado estudiadas», un análisis de «las ventajas, inconvenientes y costes de cada una» de ellas y «la selección de *la más recomendable*».

Sorprende por ello el empeño que el Tribunal Supremo ha puesto en sus Sentencias de 3 de octubre de 2011 y de 26 de enero y 28 de septiembre de 2012 en afirmar que, dada la multiplicidad y complejidad de los factores a tener en cuenta a la hora de decidir sobre el trazado de un trayecto ferroviario (en este caso el del tramo Elche-Murcia, subtramo Elche-Bariel, a su paso por el municipio de Cox), «es difícil circunscribir un concepto jurídico indeterminado de manera taxativa a una única solución adecuada, por mucho que así se haya sostenido en resoluciones judiciales previas de la Sala de instancia o, también, en la literatura académica» y que «la Administración puede llegar legítimamente a diversas soluciones posibles entre las que habrá de decidir de manera razonable y justificada, pero con inevitable discrecionalidad».

No es así, en mi opinión, porque desde el momento mismo en que las normas aplicables exigen, propician o admiten la formulación de alternativas diversas —y aquí lo hacen— va de suyo que el órgano llamado a decidir está obligado a compararlas y a analizar las ventajas y desventajas de cada una de ellas, hecho lo cual va de suyo también, aun en el caso de que dichas normas no lo digan expresamente, que su deber es elegir la que ofrezca mejor «balance». En este caso ni siquiera hay que deducirlo, porque el texto del artículo 25 del Reglamento de la Ley de Carreteras es absolutamente concluyente.

¹³ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 13.ª ed., 2013, pág. 273.

No hay libertad, por lo tanto, para elegir una u otra alternativa, sino obligación de seleccionar la que resulte mejor parada en la necesaria comparación de todas las disponibles, la «más recomendable», como dice el artículo 25 del Reglamento citado, igual que hay obligación de elegir «la proposición más ventajosa» en un procedimiento concursal para la selección de contratistas¹⁴.

Otra cosa es que este tipo de conceptos jurídicos indeterminados, que son conceptos de valor, obliguen a reconocer una cierta presunción en favor de la aplicación que de ellos haya hecho la Administración¹⁵, y otra, en fin, que «el juicio sobre el juicio» a realizar ulteriormente por los tribunales, por utilizar la expresiva fórmula empleada por la Sentencia de 30 de mayo de 2000, tenga que limitarse a comprobar si el «balance» ha sido realizado correctamente o si, por el contrario, adolece de errores graves que obligan a rechazarlo por arbitrario¹⁶.

En el punto al que hemos llegado es muy importante no caer en la tentación del «da lo mismo», de identificar el margen de apreciación que todo concepto jurídico indeterminado otorga a la Administración que ha de aplicarlo con la libertad de elegir entre varias soluciones posibles, que es lo propio del poder discrecional, libertad que la propia norma descarta cuando obliga a elegir «la proposición más ventajosa» o «la opción más recomendable». En estos casos, cada vez más frecuentes¹⁷, el esfuerzo que hace el legislador exige de los operadores jurídicos, y en particular de los jueces, un esfuerzo semejante.

¹⁴ En los términos del artículo 88.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, luego Texto Refundido de 16 de junio de 2000. Sobre la interpretación de la expresión legal «proposición más ventajosa», vid. las Sentencias de 30 de mayo y 13 de junio de 2000.

¹⁵ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 16.^a ed., 2013.

¹⁶ Sobre ello me remito a los trabajos incluidos en mi libro *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.^a ed., Thomson-Civitas, 2008.

¹⁷ Son ya muchas las normas que se sitúan en la línea de la Ley de Carreteras de 1988 y de su Reglamento. Así, la Ley del Sector Ferroviario, 39/2003, de 17 de noviembre, cuyo artículo 5 obliga igualmente a incluir en el estudio informativo de una nueva vía «las opciones de trazado» disponibles y «la selección de la alternativa *más recomendable*». El artículo 2 del Real Decreto legislativo 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental, obliga igualmente a incluir en el estudio de impacto que debe formar parte de los proyectos sujetos a evaluación «una exposición de las principales alternativas estudiadas y una justificación de las principales razones de la solución adoptada».

La Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, exige la aplicación «de las mejores técnicas disponibles» (arts. 5 y 22), esto es, de las «*más eficaces*» (art. 3), y, por supuesto, tomar en consideración «las principales alternativas, si las hubiere». En términos muy semejantes se pronuncia la Ley del Ruido, 37/2003, de 17 de noviembre, cuyo artículo 18 dispone que «las Administraciones Públicas asegurarán que: a) se adopten las medidas adecuadas de prevención de la contaminación acústica en particular mediante la aplicación de *las tecnologías de menor incidencia acústica* de entre *las mejores técnicas disponibles*, entendiendo como tales *las tecnologías menos contaminantes* en condiciones técnica y económicamente viables».

