

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 29 Jun. 2010,
rec. 4276/2006

Ponente: Herrero Pina, Octavio Juan.
Nº de Recurso: 4276/2006
Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
Tipo de recurso de la resolución: CASACION

EXPROPIACIÓN FORZOSA. Justiprecio de finca expropiada para la construcción de variante. Suelo no urbanizable. Doctrina jurisprudencial relativa a valoración de suelo en la expropiación con destino a sistemas generales. Rechazo de la pretensión de valoración de los terrenos expropiados como urbanizables. Alcance del método de comparación establecido para la valoración del suelo no urbanizable. Tratamiento de los suelos afectados por ocupación temporal. Depósito de vertidos resultantes de la excavación en la finca que formaba parte del proyecto. Alcance de la ocupación temporal. Proporcionalidad en el ejercicio de la potestad expropiatoria. Imposición de una servidumbre de paso coaxial. PRUEBA. Correcta valoración por el Tribunal a quo.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Junio de dos mil diez

SENTENCIA

Visto por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar en nombre y representación de D. Ezequiel y Dña. Genoveva , contra la sentencia de 18 de mayo de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso 1619/04, en el que se impugna el acuerdo del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Vizcaya de 28 de enero de 2004, por el que se fija el justiprecio de la finca nº NUM000 afectada por el Proyecto de Construcción de la Variante de Gernika. Han sido partes recurridas el Gobierno Vasco representado por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco y la Diputación Foral de Bizkaia representada por el Procurador D. Julián Del Olmo Pastor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de mayo de 2006 , objeto de este recurso, contiene el siguiente fallo:

"QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE D. Ezequiel Y Genoveva DEBEMOS REVOCAR EL ACUERDO IMPUGNADO RECONOCIENDO EL DERECHO DEL RECURRENTE A PERCIBIR POR EL CONCEPTO DE OCUPACIÓN TEMPORAL, ADEMÁS DE LA CANTIDAD RECONOCIDA EN EL ACUERDO IMPUGNADO, LA CANTIDAD DE 10.612,60 EUROS, MAS LOS INTERESES LEGALES QUE PROCEDAN, MANTENIENDO EN LO DEMÁS EL ACUERDO IMPUGNADO. SIN EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS."

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de D. Ezequiel y Dña. Genoveva , manifestando su intención de interponer recurso de casación y por providencia de 4 de julio de 2006 se tuvo por

preparado, siendo emplazadas las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Con fecha 13 de septiembre de 2006 se presentó escrito de interposición del recurso de casación, haciendo valer cinco motivos, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción y solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y se declare la nulidad de las resoluciones del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Bizkaia de 28 de enero y 20 de mayo de 2004, declarando que la Diputación Foral de Bizkaia viene obligada a proceder al desalojo del vertido efectuado en la finca nº NUM000 , a fin de restituirla a su primitivo estado, subsidiariamente, declarando que la indemnización por daños causados por el vertido asciende a la cantidad de 269.485,16 euros, declarándose, en cualquier caso, el alzamiento o levantamiento de la instalación objeto de servidumbre coaxial.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a las partes recurridas para oposición, que rechazan los motivos de casación y solicitan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 23 de junio de 2010, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Octavio Juan Herrero Pina** , Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en la instancia al acuerdo del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Bizkaia de 28 de enero de 2004, que fija el justiprecio de la finca nº NUM000 , propiedad de los recurrentes, expropiada para la Construcción de la Variante de Gernika, en la cantidad de 11.506,60 euros, por los siguientes conceptos:

Suelo (no urbanizable, huerta, a 5,89 €/m2)	5.654,44 euros
Vuelo	1.456,96 euros
Varios	784,47 euros
5%	394,79 euros
Ocupación Temporal	3.215,94 euros

Los recurrentes pretenden en la instancia la valoración del suelo como urbanizable, que los suelos afectados por la ocupación temporal se valoren como no urbanizable (5,89 €), pero por el valor total del terreno (1.820 m2 x 5,89€), por el demérito de vertido de escombros que no han sido retirados, incluyendo rendimientos dejados de percibir y gastos de restitución de la finca a su estado primitivo, y alegando la ausencia de legalidad de la servidumbre, lo que supone un justiprecio en el cantidad de 309.263,99 euros, más 515,46 euros si llega a valorarse la servidumbre de paso, más el 5% de afección.

La Sala de instancia, haciendo referencia la doctrina de la valoración de terrenos expropiados para sistemas generales viarios, entiende que no es aplicable al caso y rechaza la valoración del suelo como urbanizable. Razona igualmente la inaplicación al caso del método de comparación por falta de testigos que pongan de manifiesto un precio de mercado de fincas análogas a las afectadas por la expropiación. Por lo que se refiere a la ocupación temporal, atendiendo a las características de la misma en este caso y al límite del art. 115 la establece en el 99% del precio de la finca, que suponen 10.612.60 euros. Rechaza las pretensiones de indemnización respecto de la servidumbre de paso coaxial y respecto del vuelo.

SEGUNDO.- No conformes con tales pronunciamientos, los expropiados interponen este recurso de casación, en cuyo primer motivo, formulado como todos los demás al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , se denuncia la infracción de los arts. 25 y 26 de la Ley 6/98, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y la jurisprudencia aplicable, alegando que, refiriéndose la Sala de instancia a la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de los terrenos expropiados para sistemas generales viarios, no debía aplicar la última jurisprudencia sino las sentencias anteriores a la fecha a que se refiere el

justiprecio, 26 de marzo de 2001 , añadiendo que, no obstante, la infracción de dicha jurisprudencia se mantiene respecto de la más reciente, por cuanto se prescinde de un hecho plenamente acreditado en autos, cual es que la circunvalación de Gernika se integra en el entramado urbano, argumentado sobre las previsiones del planeamiento, para concluir que el mismo incluye la variante de Gernika SGVI-V dentro de las Zonas del Sistema General de Comunicaciones del Municipio y que es de aplicación dicha jurisprudencia.

Se pretende en este motivo que los terrenos expropiados se valoren como si de suelo urbanizable se tratara, en aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a la expropiación con destino a sistemas generales.

A tal efecto conviene precisar el alcance de dicha doctrina en lo que a vías de comunicación se refiere, que se refleja en la sentencia de 8 de marzo de 2006, recurso nº 3139/2003 , según la cual: " *ha de recordarse que, como recogemos en la reciente sentencia de 11 de enero de 2.006 (recurso 2.967/2.002) , las redes viarias, tanto urbanas como interurbanas se integran en el sistema general de comunicaciones que ha de definir el Plan General (artículo 25 del Reglamento de Planeamiento) y la cuestión consiste en precisar, como ha recordado esta Sala (por todas, Sentencia de 15 de septiembre de 2.005) , cuándo esa red viaria tiene transcendencia urbana a efectos expropiatorios, independientemente de la clasificación asignada por el Plan a los terrenos sobre los que se asientan.*

Ya la sentencia de 7 de octubre de 2.003 señaló que sólo cuando, tratándose de vía interurbana, la misma está integrada dentro del término municipal en la red viaria de interés del municipio y como tal clasificada en el Plan de Ordenación del mismo, ha de aplicarse el criterio de valoración como si de suelo urbanizable se tratara, mas tal calificación ha de excluirse en los demás supuestos en que, como en el caso entonces examinado ocurría, la finca está calificada por el planeamiento del municipio en que radica como no urbanizable y en dicho planeamiento no se contempla la construcción de dicho vial como integrado en la red viaria de interés municipal.

Tal doctrina se completó con la recogida en las sentencias de 3 de diciembre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.003 según las cuales la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengán clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que en el supuesto de la vía de comunicación es predicable de aquéllas que integran el entramado urbano, pero no de las vías de comunicación interurbanas, pues lo contrario nos llevaría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión, con la posible excepción, que se fija en las Sentencias de 22 de diciembre y 12 de octubre de 2.005 , entre otras, en relación con la vía de comunicación de las grandes áreas metropolitanas aun cuando afecten a términos municipales distintos, en que habrá que acreditar en cada caso concreto si responden a esa finalidad de crear ciudad."

En el mismo sentido la reciente sentencia de 17 de noviembre de 2008, rec.5709/2007 , señala en relación con las vías de comunicación, que nuestra jurisprudencia "ha tenido mucho cuidado de comprobar que se encontraban al servicio de la ciudad, incorporadas al entramado urbano" y que, "para que esta clase de infraestructuras pueda beneficiarse de nuestra doctrina hemos exigido que estén integradas en la red viaria local o como tal clasificadas en el plan de ordenación del municipio [sentencias de 14 de febrero de 2003 (casación 8303/98), FJ 3º, y de 18 de julio de 2008 (casación 5259/07), FJ 2º]."

A tal efecto, señala igualmente dicha sentencia de 17 de noviembre de 2008 , "que el análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso, que suministran las pautas para emitir un juicio sobre la condición de los terrenos expropiados a efectos de su tasación, corresponde al Tribunal Superior de Justicia, cuya apreciación sólo puede combatirse aduciendo que ha vulnerado los preceptos sobre la valoración de la prueba o que resulta contraria a la lógica o irrazonable".

Desde estas consideraciones generales es claro que las alegaciones que se formulan en este motivo de casación no pueden prosperar, pues, en primer lugar, la jurisprudencia, en cuanto interpretación y aplicación de la ley, se materializa en la resolución de cada caso al dictar la correspondiente resolución judicial y, por lo tanto, se atiende a la existente en dicho momento, que en

este caso es la que se acaba de indicar, sin que pueda invocarse con éxito una jurisprudencia anterior, que además no solo no es contradictoria sino que constituye el origen de la que se acaba de exponer. En segundo lugar, como se ha recogido antes y señala la sentencia de 10 de marzo de 2009, "el análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso, que suministran las pautas para emitir un juicio sobre la condición de los terrenos expropiados a efectos de su tasación, corresponde al Tribunal Superior de Justicia de instancia y su apreciación sólo puede combatirse aduciendo que se han vulnerado preceptos sobre valoración de la prueba o que la apreciación realizada por el juzgador de instancia, resulta contraria a la lógica o irrazonable, infringiendo el artículo 9, apartado 3, de la Constitución", circunstancias que no concurren en este caso, en el que la parte recurrente pretende fundar el motivo en un hecho distinto de los fijados en la instancia, cual es considerar que la variante de Gernika se integra en el entramado urbano, sin atacar, por alguna de las vías que permiten la revisión de la prueba en casación, las apreciaciones de la Sala de instancia, según la cual, se trata de la construcción de una variante y "la propia documentación gráfica que se incluye en el informe (se refiere al informe asumido por la parte) es suficientemente expresiva de que no se está ante un supuesto de singularización del suelo; no se ha mantenido la clasificación del suelo como no urbanizable en un entorno de suelo urbanizable. Y la variante es una infraestructura viaria que, como resulta de la documentación gráfica (plano 4) rodea el núcleo urbano, no puede entenderse que forme parte del entramado urbano de la ciudad de Gernika. Aunque tenga la plurifuncionalidad de una variante, que favorece la disminución del tráfico dentro de propio núcleo urbano e incluso la intercomunicación entre determinadas zonas de la ciudad sin circular por el centro urbano. En el expediente administrativo (f.59) consta un plano suficientemente expresivo de la ubicación de los terrenos afectados por la infraestructura viaria, respecto del núcleo urbano, debiendo concluirse que no concurren las circunstancias que justificarían la valoración de los terrenos como si se tratara de suelo urbanizable". Ello aparte de que el examen de la documentación gráfica de referencia pone de manifiesto que tales apreciaciones del Tribunal a quo resultan plenamente justificadas.

Finalmente y en cuanto a las previsiones de la variante en el planeamiento que se invocan por la parte recurrente, ha de señalarse con la sentencia antes citada de 17 de noviembre de 2008, que contemplaba también el hecho de que la variante (se trataba de una variante de la ciudad de Cuenca) estuviera prevista en el Plan General de Ordenación Urbana como sistema general propio del municipio, que "tal consideración no lo convierte automáticamente en una dotación local, que contribuya a articular la ciudad. Esa previsión responde, como hemos indicado en un caso similar (sentencia de 1 de diciembre de 2008 (casación 5033/05, FJ 1º), a las exigencias de un principio de gran calado en nuestro sistema jurídico: el de coordinación, que exige acomodar el planeamiento municipal a las determinaciones de los instrumentos de ordenación de superior alcance territorial, en cuanto prevean dotaciones e infraestructuras supralocales que hayan de implantarse o discurrir por el término municipal. Dicho principio emana de nuestra Constitución, como pauta de actuación de las administraciones públicas (artículos 103, apartado 1) o de relación entre ellas (por ejemplo, artículo 149, apartado 1, materias 13ª, 15ª, 16ª), y se encuentra presente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre), en particular, en los artículos 3 y 4, y a su servicio se disponen los artículos 9, apartado 2, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, 13, apartado 2, y 15, apartado 2, del Reglamento de Planeamiento Urbanístico". Lo cual tiene su reflejo en este caso, pues las mismas referencias de la parte a las previsiones del Plan General de Gernika contemplan en distintos apartados el sistema general viario foral, titularidad de la Diputación Foral de Vizkaia, el sistema general viario de la variante SGVI-V también titularidad de dicha Diputación Foral y el sistema general viario municipal, poniendo de manifiesto tal Administración en su escrito de oposición, que la expropiación se efectuó de acuerdo con la Norma Foral de Carreteras de Bizkaia y específicamente a través del Plan Territorial Sectorial de carreteras de Bizkaia y que la variante afecta a varios términos municipales, aunque sea Gernika, por su notoriedad, la que da nombre a la infraestructura.

Por lo demás no está de más recordar que esta Sala, en sentencias de 18 y 26 de noviembre de 2008, ya rechazó semejante pretensión de valoración de los terrenos expropiados con ocasión de la misma Variante de Gernika como urbanizables, en su condición de sistema general, incluso tratándose de terrenos límite con dicha clase de suelo.

Por todo ello este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO.- En el segundo motivo se denuncia la inaplicación del art. 26.1 de la Ley 6/98 , incurriendo asimismo en interpretación errónea de la prueba practicada, alegando al efecto y frente a las apreciaciones de la Sala de instancia sobre los testigos de referencia aportados por la parte recurrente y la inaplicabilidad al caso del método de comparación, que la hoja de aprecio de la parte venía avalada por informe de Perito Agrícola, que no solo indicaba las fincas no urbanizables que debían compararse sino que justificaba la certeza de lo afirmado, según expone ampliamente, por lo considera que no es admisible la conclusión de la sentencia de que los testigos no son válidos, según las razones que expone.

Se cuestiona en este motivo la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, que la parte considera errónea, sin tener en cuenta que es doctrina reiterada de esta Sala, sentencias de 8 de octubre de 2001, 12 de marzo de 2003 y 18 de octubre de 2003 , entre otras, que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se cohonesto con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia.

La prueba, como ha señalado este Tribunal, sólo en muy limitados casos, declarados taxativamente por la jurisprudencia, puede plantearse en casación, supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad. Ninguna de las cuales se invoca en este motivo de casación, por lo que ha de estarse a las apreciaciones de la Sala de instancia, que refleja inicialmente los obstáculos puestos por la Diputación Foral a los testigos presentados por la parte expropiada, señalando que "en relación con el terreno de Mallabia, se indica que se trata de un municipio que no es limítrofe, y que Sprilur adquiere los terrenos para la consecución de infraestructuras industriales; se argumenta que se trata de un terreno diferente al que nos ocupa, que es suelo no urbanizable y que se encuentra afectado por las limitaciones de la Reserva de Urdaibai; el terreno sito en Múgica tampoco se acepta porque aunque es un municipio colindante, parece que se trata de un terreno susceptible de aprovechamiento forestal lo que no es el caso; y los terrenos de Elorrio se ubican en un municipio más alejado, y también para la consecución de infraestructuras industriales", pero seguidamente examina el alcance del método de comparación establecido para la valoración del suelo no urbanizable en el art. 26.1 de la Ley 6/98 , manteniendo que el uso de este método "exigiría, en principio, la existencia de un mercado representativo, y de una pluralidad de transacciones reales de fincas análogas que permitieran extraer una conclusión sobre el precio unitario a que se vinieran realizando", añadiendo que la Ley 6/98 no exige, como se indica por el recurrente, que las fincas análogas se encuentren en el mismo término municipal y tampoco señala el destino para el que se adquieren las fincas, pero sí hace referencia expresa al régimen urbanístico y a la situación, precisando que la cuestión, en este caso, es que aunque todos los testigos que se ofrecen sean referidos a suelos con la misma clasificación de suelos no urbanizables, este único elemento no es suficiente para concluir que existe la identidad de razón que propugna el art. 26.1 de la Ley 6/98 , añadiendo que los mismos términos de comparación fluctúan entre los 9,01 euros/m² en Múgica en el año 1998 y los 23,43 euros/m² en Elorrio (año 2002); y no falta razón a tal planteamiento de la Sala de instancia si se tiene en cuenta que con el método de comparación se trata de obtener un precio constatado en el mercado para inmuebles de semejantes características, objetivado a través de transacciones que representen el estado de ese concreto mercado, para lo que no es suficiente la presentación de testigos como los invocados por la recurrente, cuya coincidencia se limite prácticamente a la clasificación del suelo como no urbanizable, estando en distinta situación o respondiendo la transacción a diferentes objetivos urbanísticos, que

necesariamente vienen a subjetivizar la operación realizada y todo ello con una diversidad de precios que impide hablar de un precio objetivo de mercado de tales inmuebles, de manera que el resultado al que llega la Sala de instancia resulta justificado y razonable, si a ello se une que no se cuestiona adecuadamente en este motivo mediante la invocación de las normas sobre la valoración de la prueba que haya podido infringir el Tribunal a quo y el necesario razonamiento sobre la infracción cometida, necesariamente ha de llegarse a la desestimación del mismo.

CUARTO.- En el tercer motivo de casación se alega la infracción por inaplicación de los arts. 108 y 111 a 115 de la Ley de Expropiación Forzosa y la jurisprudencia aplicable, manteniendo en relación con la ocupación temporal y frente a las afirmaciones de la sentencia recurrida, que el supuesto hecho de que el vertido estaba previsto en el proyecto, ha quedado en una también supuesta manifestación del Director de Obra, según oficio de 5 de marzo de 2001, y que la Administración, a pesar de las objeciones puestas por los recurrentes tanto en el acta previa a la ocupación como en la demanda, no ejercitó en su momento la facultad que le otorgaba el art. 115 de la LEF de "pedir la valoración de la expropiación pura y simple por los procedimientos" que la Ley determina. Señala que los arts. 111 a 115 abordan el tratamiento de las ocupaciones temporales previstas en el art. 108.2 y si la ocupación de autos no es de las señaladas en este último precepto, como reconoce la Sala de instancia al tratarse de una alteración topográfica y definitiva de lo ocupado, no puede aplicarse el art. 115 para resolver la cuestión. Reitera sus argumentos en relación con la comunicación, posterior a la ocupación, de que el almacenamiento de la excavación estaba definido en el Proyecto de Construcción, entendiéndose que no está acreditado y, aunque fuera cierto, la falta de legalidad de la actuación de la Diputación Foral de Bizkaia es patente, pues tenía que haber figurado en la relación de bienes afectados por la expropiación, pues es claro que no era una ocupación temporal el vertido de casi 7.000m³ de tierras y arcillas con carácter definitivo, y si se hubieran expropiado los 1.820 m², además de los 938, no habría nada que objetar. Concluye que la Administración debió seguir los trámites establecidos en los arts. 111 a 114 de la LEF y pedir la valoración de la expropiación pura y simple como dice el art. 115 , y al no hacerlo ha de estar a las consecuencias de su propia negligencia, viniendo obligada al desalojo del vertido efectuado, restituyendo la finca a su estado inicial anterior a la ocupación, no siendo aplicable, sin más, el art. 115 de la LEF como ha hecho la sentencia recurrida.

Incide sobre estas cuestiones en el cuarto motivo, al denunciar la infracción del art. 9.1 de la Constitución, del art. 115 de la LEF y de la jurisprudencia, alegando que se invocó y se invoca la aplicación analógica del referido art. 115, pero solo procede respecto de la primera parte del precepto, y no la tasación y la limitación establecida en el segunda parte del precepto, que no se refiere a la indemnización de perjuicios que esta reclamando subsidiariamente a la restitución de la finca a su estado previo a la ocupación, además de que dicha limitación tiene un cauce procedimental específico para hacerla valer, añadiendo la infracción de la jurisprudencia en cuanto a la valoración de los perjuicios y la impugnación de la necesidad de ocupación, al haberse planteado en la instancia la cuestión de la previsión o no de la ocupación temporal litigiosa, terminando por rechazar la existencia de enriquecimiento injusto por su parte.

Tampoco estos motivos de casación pueden prosperar, en cuanto parten de poner en cuestión que el depósito de vertidos resultantes de la excavación en la finca formara parte del Proyecto, entendiéndose que no ha resultado acreditado y que aparece de manera autónoma en el procedimiento mediante Oficio de 5 de marzo de 2001, ninguna de cuyos planteamientos puede compartirse.

Así y en primer lugar, no es sólo que en el informe de la Administración a las alegaciones de la parte a su hoja de aprecio se refiera parcialmente la Memoria del Anejo nº 12 del Proyecto de Construcción, titulado "Acondicionamiento del terreno", sino que dicha documentación se ha acompañado en formato digital a las actuaciones, estableciendo, entre otras previsiones, que: " *La fuerte cantidad de material de excavación no apto para terraplenar hace necesario acondicionar un terreno lo más próximo a la obra pero lo más alejado posible del casco urbano y de la reserva protegida de Urdaibai. La única zona que cumple ambos requisitos está situada al Oeste de la carretera Foral BI-635 en el barrio de Arana a la entrada de la Villa de Gernika al Sudoeste de la localidad. Se trata de una vaguada que al rellenarla se igualará a las lomas contiguas.*

La duración total de las obras es de tres años y el movimiento de camiones diarios puede oscilar entre 30 y 50 camiones diarios que no suponen un incremento apreciable en el tráfico de la carretera actual que soporta un tráfico aproximado de unos 1.400 vehículos pesados (14.000 en total) diarios.

El material que se utilizará para el relleno procede de la excavación de la Variante de Gernika y está formado por tierras inertes, arcillas y material de naturaleza aluvial en general, además de arcillas del keuper de la zona del falso túnel.

Antes de proceder al relleno de la vaguada se retirará toda la tierra vegetal, acopiándose en la zona más alta para su posterior extendido una vez que hayan finalizado las obras de la Variante de Gernika

La recuperación paisajística del terreno consistirá en la extensión de 40 cm., de tierra vegetal tanto en plataforma como en talud lo que permitirá el aprovechamiento agrícola o forestal de la finca resultante."

Se desprende de ello el alcance de la ocupación de tales terrenos, su objeto (depósito de los vertidos resultantes de las excavaciones), la duración de la ocupación y realización de vertidos en tres años, y la forma de recuperación paisajística y del aprovechamiento agrícola o forestal, que no implica la retirada de los vertidos sino que se produce con la extensión de una capa de tierra vegetal.

En segundo lugar, la previsión de tal ocupación no se incorpora al procedimiento expropiatorio de manera autónoma mediante el Oficio de 5 de marzo de 2001 a que se refiere la recurrente sino como consecuencia del desarrollo del mismo. Efectivamente, dicho oficio no es sino la respuesta de la Administración a las alegaciones o manifestaciones de la parte expropiada con motivo del acta previa a la ocupación, como se indica en el mismo, acta que se extiende previa notificación a los interesados de sus bienes afectados, 1.196 m2 de expropiación y 1.820 m2 de ocupación temporal, según la correspondiente relación de bienes y derechos objeto del procedimiento expropiatorio, dándose en dicho oficio una respuesta positiva en cuanto al desplazamiento hacia el Este, el acceso a la finca o la innecesariedad de muro o escollera, y rechazando otras alegaciones, precisando en cuanto a la ocupación temporal puesta en cuestión por la parte en dicha acta previa a la ocupación, que: "El Proyecto de Construcción contempla un acondicionamiento de terreno en la vaguada de la cual el afectado es propietario.

Dicho acondicionamiento de terreno está definido en el proyecto de Construcción y su objeto es el almacenamiento de la excavación excedente de la obra "Variante de Gernika".

Una vez finalizadas las obras se procederá al extendido de tierra vegetal en toda la superficie de relleno."

De manera que dicho oficio no hace sino precisar, según el propio Proyecto, el alcance de la ocupación temporal de los 1.820 m2 a que se refiere el acta previa de ocupación, que tiene carácter temporal (concretamente tres años), periodo durante el cual se realizaran las operaciones de ocupación, aunque se prevea que los vertidos permanezcan en la finca, en cuanto la recuperación del terreno para los usos a que estaba destinado se produce sin necesidad de que sean retirados, de manera que transcurrido dicho plazo, los propietarios recuperan la utilización del terreno -cuya propiedad nunca han perdido- en condiciones de aptitud para su aprovechamiento agrícola o forestal, según el Proyecto. De tal forma que podrá cuestionarse si la Administración expropiante ha procedido a cumplir satisfactoriamente las exigencias de recuperación del terreno para sus aprovechamientos e, incluso, que esta no se haya producido en todo su alcance, con la consiguiente indemnización, pero no cabe hablar de una ocupación definitiva equivalente a su expropiación, cuando los interesados mantienen su propiedad y el terreno recupera su aptitud para los aprovechamientos que le eran propios.

Siendo este el alcance de la ocupación temporal, que resulta del propio expediente expropiatorio, no se justifica el planteamiento de la parte recurrente, que pretende la recuperación de la finca mediante la restitución a su primitivo estado, retirando los vertidos depositados y acondicionando el terreno para los usos a que estaba destinado, pues tal recuperación estaba prevista en el Proyecto manteniendo los vertidos realizados, de manera que la propiedad recuperaba la finca siendo apta para los aprovechamientos que le eran propios. Es por ello que no resulta aplicable al respecto la doctrina sentada en la sentencia de esta

Sala de 10 de abril de 1997 , invocada por la recurrente, pues en la misma, se atiende al caso en que la finca se destinó a vertido de materiales y en la ocupación se preveía que el estado en el que iba a quedar impediría el aprovechamiento a que hasta entonces se venía dedicando, a pesar de lo cual la Sala ponderó la posibilidad de que esta cláusula enervara la obligación de la beneficiaria de retirar los materiales depositados, por entender comprendido en el importe de la indemnización fijada los gastos de restitución del terreno a su primitivo estado, si bien concluye que la redacción genérica de dicha cláusula solo permite asegurar que contempla la inutilización de la finca, pero no la exoneración de la beneficiaria a cambio de un incremento en la indemnización, situación muy distinta a la contemplada en este caso, en el que la ocupación temporal de la finca también se prevé para vertido de materiales, pero de manera que a la finalización de la ocupación sea la propia Administración la que reponga el terreno en aptitud para su aprovechamiento, sin necesidad de retirar los vertidos, y por ello sin que se justifiquen los gastos a que se refiere el art. 115 de la Ley de Expropiación Forzosa . La parte, como ya hemos indicado antes, pudo plantear la falta de cumplimiento por la Administración de esa exigencia de la ocupación temporal e, incluso, que esa recuperación no es total, con la correspondiente indemnización, pero no parece justificado exigir que se fije en el justiprecio una indemnización al amparo del art. 115 de la LEF , por unos gastos de recuperación de la finca, cuando la ocupación temporal prevé dicha recuperación a cargo de la beneficiaria de la expropiación. Lo que lleva a rechazar el planteamiento de la parte en tal sentido y también el planteamiento de la Sala de instancia al respecto, en cuanto se refiere a la procedencia de fijar una indemnización en tal concepto y aplica al efecto el 99% del valor del terreno ocupado, por el límite establecido en el referido art. 115 , aunque el principio de reformatio in plus impida anular el reconocimiento a favor de los recurrentes hecho en la instancia.

Por otra parte y por las mismas razones no se advierte la concurrencia de las circunstancias que pudieran llevar a la Administración expropiante a hacer uso de la facultad de expropiación pura y simple del terreno que establece el art. 115 de la LEF , a cuyo efecto no está demás señalar que, en todo caso, el ejercicio de la potestad expropiatoria ha de efectuarse de manera proporcionada y en la forma que produzca el mínimo sacrificio en la situación patrimonial del afectado; así la propia Ley de Expropiación Forzosa, a propósito de la necesidad de ocupación, señala en su art. 15 que se concretará a los bienes o adquisición de derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación, habiendo señalado la jurisprudencia, en relación con el control judicial, que el mismo se extiende "no sólo a la finalidad de la «causa expropriandi» sino también a la concreción específica de los bienes expropiados que han de ser los estrictamente indispensables para el fin de la expropiación que ha de lograrse con el mínimo sacrificio posible de la propiedad privada" (S . 30-12-1991) . En el mismo sentido y a propósito del juicio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad expropiatoria, incluye el Tribunal Constitucional, en su sentencia 48/2005, de 3 de marzo , la valoración de la necesidad, "en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia".

Por todo ello también estos motivos de casación deben ser desestimados.

QUINTO. - En el quinto motivo se alega la infracción del art. 125 de la LRF y la jurisprudencia, y ello respecto de la imposición de una servidumbre de paso coaxial, entendiéndose que si después de tres años de la ocupación de los terrenos, la Administración anunció la imposición de una servidumbre, sin la más mínima justificación, es evidente que la alusión de la demanda a lo que "pueda ofrecerse en la contestación" se refiere a lo que pudiera ofrecer la Administración y si esta no ha ofrecido la más mínima explicación sobre la legalidad, hay que concluir que nos encontramos ante una vía de hecho, terminando por señalar que existe una errónea interpretación de la prueba practicada y una infracción del art. 125 de la LEF y la jurisprudencia aplicable.

Tampoco este motivo de casación puede prosperar, pues, además de lo ya señalado sobre la alegación de errónea interpretación de la prueba, como en el caso anterior, la parte considera que la sujeción a la referida servidumbre se produce al margen del procedimiento expropiatorio, con la única referencia al Oficio de 25 de febrero de 2003, omitiendo que en el mismo se indica que es complemento del Oficio de 10 de diciembre de 2002, el cual se refiere a la una modificación del Proyecto de Construcción de la Variante de Gernika, que ha supuesto el cambio del trazado del camino inicialmente previsto en el Barrio de Arane y, como consecuencia, se reduce la expropiación de los iniciales 1.196 m² a 938 m², modificación que en ningún momento se pone en

cuestión por la recurrente, y que según dicha comunicación ha supuesto la constitución de una servidumbre permanente de paso coaxial sobre una superficie de 44 m², que se indica en azul en el plano adjunto, de manera que tal servidumbre se produce en el marco el procedimiento expropiatorio por la modificación del Proyecto, que no se ha puesto en cuestión por la recurrente en cuanto supone la reducción de la superficie expropiada y tampoco se alegan razones para rechazar tal servidumbre, modificación que en definitiva supone una situación menos gravosa para la parte expropiada y que, además, viene amparada por el art. 8 de la Ley 25/1988, de Carreteras, que atribuye a la aprobación de los proyectos de carreteras estatales o sus modificaciones, la declaración de utilidad pública y la necesidad de urgente ocupación de los bienes y adquisición de derechos correspondientes, a los fines de expropiación, de ocupación temporal o de imposición o modificación de servidumbres, señalando la Diputación Foral de Bizkaia que dicha Administración foral no sustituye coaxiales telefónicos, que su reubicación se orienta con criterios estrictamente técnicos reflejados en el Proyecto de carreteras y que su reubicación es imperativa por razón de la existencia de la Variante.

Por todo ello también este motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- La desestimación de los motivos invocados lleva a declarar no haber lugar al presente recurso de casación, lo que determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el artículo 139.3 LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 2.500 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de cada parte recurrida.

FALLAMOS

Que desestimando los motivos invocados, debemos declarar y declaramos no haber lugar al presente recurso de casación nº 4276/2006, interpuesto por la representación procesal de D. Ezequiel y Dña. Genoveva contra la sentencia de 18 de mayo de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso 1619/04, que queda firme; con imposición legal de las costas a la parte recurrente en los términos indicados en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .