Roj: **SAN 1205/2012** - ECLI: **ES:AN:2012:1205**

Id Cendoj: **28079230012012100111**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **12/03/2012**
Nº de Recurso: **641/2010**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **CONTENCIOSO**
Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a doce de marzo de dos mil doce.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del presente recurso contencioso- administrativo número 641/2010, interpuesto por el procurador de los Tribunales don Juan Antonio García **San** Miguel y Orueta, actuando en nombre y representación de D. Marino y D. Octavio , contra la resolución de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar de 13 de noviembre de 2009, por la que se acordó aprobar definitivamente el proyecto de "Paseo marítimo en la playa de Marchamalo. Fase II. T. M de Cartagena (Murcia)". Ha sido parte la Administración del Estado, asistida y representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por término de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito presentado el 27 de enero de 2011 en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso por la que se anule la resolución recurrida por las razones expuestas en el cuerpo de la demanda, condenando a la Administración a estar y pasar por estas declaraciones con los restantes pronunciamiento que legalmente procedan.

SEGUNDO. La Administración demandada, una vez conferido el tramite pertinente para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO. Tras la practica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se confirió traslado a las partes por termino de diez días para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 22 de febrero del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo **PONENTE** el Magistrado ILMO. SR. *D. DIEGO CORDOBA CASTROVERDE* .

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . El presente recurso tiene por objeto la resolución de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar de 13 de noviembre de 2009, por la que se acordó aprobar definitivamente el proyecto de "Paseo marítimo en la playa de Marchamalo. Fase II. T. M de Cartagena (Murcia)".

Los recurrentes aducen en apoyo de su pretensión los siguientes motivos de impugnación:

1º Ausencia de la previa y preceptiva declaración de utilidad pública.

Considera que se ha omitido el previo y preceptivo trámite de declaración de utilidad pública, exigido en el art. 33.3 de la Constitución y el art. 9 de la LEF . En este caso no existe una Ley que expresamente efectúe la declaración de utilidad pública, sin que valga la declaración genérica contenida en el art. 45.2 y Disposición Adicional 3ª de la Ley de Costas , por cuanto se requiere un acto de concreción que corresponde dictar al Consejo de Ministros. La resolución recurrida afirma que la declaración de utilidad pública se produjo por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, respecto del cual la parte recurrente no tiene constancia al no haberle sido notificado ni ser objeto de publicación y, en todo caso, sería posterior a la aprobación del proyecto.

2º Necesidad de ocupación de los bienes y derechos objeto de expropiación.

Considera que la expropiación por causa de utilidad pública solo permite ocupar los bienes estrictamente indispensables para cumplir la finalidad pública perseguida por la expropiación, y en este caso en el anejo de expropiaciones que acompaña al proyecto incluye en la relación de bienes toda la zona de locales comerciales de la urbanización Babiliona para el trazado de un paseo marítimo que tiene una anchura de seis metros salvo en este concreto tramo en que se amplia hasta los veinte metros de la servidumbre de protección para instalar kioskos e instalaciones desmontables para prestar unos servicios que ya prestan los locales existentes, entre los que se encuentran el local regentado por los recurrentes. Todo ello revela, a su juicio, que los locales comerciales de la urbanización Babiliona que pretenden expropiarse no resultan imprescindibles para la ejecución del paseo marítimo.

Por otra parte, tampoco el acuerdo de necesidad de ocupación puede entenderse aprobado con la aprobación del proyecto que realiza el acto recurrido por cuanto en el mismo no figura la descripción de los bienes y derechos exigida por el art. 17 de la LEF .

3º Caducidad del procedimiento.

El expediente quedó paralizado durante casi dos años, desde el 28 de enero de 2008 en que se publica el anuncio de exposición pública del proyecto en el BO de Murcia hasta que se dicta la resolución por la que se aprueba el proyecto, el 13 de noviembre de 2009. Invoca el art. 44 de la Ley 30/1992 en el que se dispone que los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa producirá la caducidad y el archivo de las actuaciones. Precepto aplicable al procedimiento que nos ocupa pues la actuación administrativa expropiatoria produce efectos desfavorables a los recurrentes.

4º Incompatibilidad de la alternativa elegida con el planeamiento general.

La alternativa elegida, en cuanto amplia la anchura de seis metros del paseo en el tramo concreto de la urbanización Babilonia, resulta contraria al Plan General Municipal de Ordenación de Cartagena, tal y como se recoge en el informe emitido por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Cartagena (pagina 17), y se considera que sería más adecuado elaborar un proyecto que, con criterios de continuidad en el paseo marítimo se ejecutara en los terrenos que el Plan general prevé para el paseo, aun cuando haya que ejecutarlo parcialmente en terrenos del dominio público marítimo terrestre. Considera que los proyectos de obras de la Administración del Estado deben acomodarse al planeamiento municipal, tal y como dispone el art. 44.1 de la Ley de Costas .

5º Irracionalidad de la alternativa elegida y falta de motivación de la decisión adoptada.

En todo caso la indicada alternativa contempla un ensanchamiento carente de justificación en la zona donde se ubican los locales comerciales y así lo pone de manifiesto el Estudio de alternativas contenido en el proyecto que considera que la alternativa elegida (alternativa 1) es la mas costosa presupuestariamente, no se adecua al planeamiento vigente y comporta un mayor sacrificio de derechos a terceros. Alternativa que con ser la más gravosa y la más cara carece de la necesaria motivación.

Por su parte el Abogado del Estado se opone a esta pretensión argumentando en síntesis que:

- A su juicio tanto la declaración de utilidad pública como la declaración de necesidad de ocupación se trata de dos extremos que han de resolverse en el procedimiento expropiatorio y no el acto de aprobación del proyecto de realización de una obra, en concreto del paseo marítimo en la playa de Marchamalo, pues se trata de actuaciones autónomas a la aprobación del proyecto que no lo vician de nulidad y en todo caso está implícita en las obras necesarias para la protección del dominio público según la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Costas .

- Inexistencia de la caducidad del procedimiento pues no resulta de aplicación del artículo 44 de la ley 30/1992 sino el art. 63.3 de dicha norma . En este caso no se trata de un procedimiento autónomo sino una fase dentro del procedimiento más amplio que es la construcción de una obra pública al que le seguirá la expropiación de

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

los terrenos, la licitación y ejecución de la obra en sí. Considera que el procedimiento para la aprobación de un proyecto de obras no puede ser calificado ni de un procedimiento sancionador ni capaz de producir efectos desfavorables, sino que los efectos de la obra proyectada produce efectos favorables para gran parte de los afectados y los ciudadanos en general y existe una acusada presencia de un interés general que concurre en las grandes obras públicas. Y finalmente invoca el principio de economía procesal, pues la eventual estimación de la caducidad no conllevaría otra resolución distinta de la dictada.

- No considera de aplicación el art. 44 de la Ley de Costas para justificar la disconformidad de la obra con el planeamiento en vigor al entender aplicable el art. 111.2 de dicha norma , al haberse cumplido las previsiones contenidas en dicho precepto entre los que se encuentra la emisión de un informe favorables de la Corporación municipal al proyecto presentado.

- Inexistencia de irracionalidad del trazado proyectado pues la decisión está debidamente justificada en la resolución impugnada, ponderando los distintos intereses en conflicto (folios 45 y 46 del expediente) en el que se afirma que "el trazado del Paseo marítimo se han seguido los criterios de la Dirección general de Sostenibilidad de la Costa y el Mar, antigua Dirección General de Costas, teniendo en cuenta que el objeto más relevante será el de la recuperación de terrenos para uso público... En cuanto a los graves perjuicios que ocasionan las obras contempladas en el Proyecto para los titulares de los bajos comerciales y terrazas, hay que indicar que estas obras se iniciarían previa indemnización y/o compensación económica de lo derechos que acrediten estos titulares".

SEGUNDO . **Caducidad del procedimiento** .

El primero motivo de impugnación que ha de ser abordado es la caducidad del procedimiento administrativo.

De la documentación obrante en el expediente consta que el proyecto fue sometido al trámite de información pública el 20 de diciembre de 2007 por lo que lógicamente en esta fecha ya se había iniciado el procedimiento, tomando esta fecha como inicio del mismo y dado que finalizó por resolución de 13 de noviembre de 2009, esto es, casi dos años después, habría transcurrido el plazo de seis meses, previsto en el artículo 44.2 en relación con el art. 42.2 de la Ley 30/1992 , para dictar una resolución expresa.

El Abogado del Estado considera, sin embargo, que no resulta de aplicación el artículo 44 de la ley 30/1992 sino el art. 63.3 de dicha norma . También alega que el procedimiento para la aprobación de un proyecto de obras no puede ser calificado de sancionador ni capaz de producir efectos desfavorables, sino que produce efectos favorables para gran parte de los afectados y los ciudadanos en general y existe una acusada presencia de un interés general que concurre en las grandes obras públicas. Y finalmente invoca el principio de economía procesal, pues la eventual estimación de la caducidad no conllevaría otra resolución distinta de la dictada.

Ninguna de estas alegaciones puede ser acogida, pues la Administración está obligada a dictar una resolución expresa en todos los procedimientos, el incumplimiento de esta obligación en los procedimientos iniciados de oficio, como es el supuesto que nos ocupa, tiene como consecuencia la caducidad del mismo cuando se trate de "procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen", y si bien los proyectos de obras pueden perseguir un interés general no puede descartarse que son capaces de producir efectos desfavorables para algunos de los afectados. A tal efecto el Tribunal Supremo ha interpretado este precepto en su sentencia de 15 de junio de 2009, (rec. nº 3067/2006), afirmando que " *existen diferencias relevantes en cuanto a la caducidad de los procedimientos, toda vez que, como señalamos en la precitada sentencia de 28 de enero de 2009 , el artículo 44.2 LRJ-PAC , después de la reforma operada por Ley 4/1999, no habla, como el anterior artículo 43.4 , de procedimientos iniciados de oficio "no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos", sino, pura y simplemente, de procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras "o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen", lo que permite referir la naturaleza y efectos del procedimiento no a la ciudadanía en general sino a la persona concreta afectada por la actuación administrativa* ". Ello ha motivado que el Tribunal Supremo sostuviera la aplicación del instituto de la caducidad en los procedimientos de deslindes de vías pecuarias, (sentencias de 28 de enero de 2009 (casación 4043/2005), 29 de abril de 2009 (casación 5036/2005), 25 de mayo de 2009 (casación 3046/2006) y 19 de mayo de 2010 (recursos de casación 2839/2006 y 2993/2006) y en los procedimientos previstos en la Ley de Costas, la sentencia de esta Sala 25 de mayo de 2009 (casación 5447/2006), referida a un procedimiento de recuperación posesoria del dominio público marítimo- terrestre iniciado después de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, declara que resulta aplicable el plazo de caducidad establecido en la nueva redacción del artículo 42.3 de la Ley 30/1992 , al no haber norma alguna reguladora de ese procedimiento que establezca un plazo superior al de tres meses que fija este precepto. Y más específicamente en relación con un procedimiento de deslinde del dominio público marítimo-terrestre, se ha aplicado ese mismo criterio -afirmando la caducidad respecto de procedimientos de deslinde iniciados con posterioridad a la entrada en

vigor de la Ley 4/1999 - en las sentencias de 26 de mayo de 2010 (casación 2842/2006) y de 1 de diciembre de 2010 (casación 5653/2006).

En el supuesto que nos ocupa, el procedimiento tiene por finalidad un obra pública consistente en la construcción de un paseo marítimo y al mismo tiempo, como el propio proyecto indica, trata de recuperar la accesibilidad rodada y peatonal existente sobre zonas previamente deslindadas de uso público permitiendo la continuidad del paseo marítimo en esa zona, dado que algunos de los locales y terrazas actualmente existentes, y este es el caso de los recurrentes, ocupan parte de la servidumbre de transito y de protección del dominio público por lo que se ven directamente afectados por esta obra pública.

Es por ello que la obra proyectada tiene efectos desfavorables o de gravamen sobre los titulares de los locales que, como es el caso del recurrente, se verán afectados por el nuevo trazado del paseo marítimo con incidencia directa en las terrazas y los propios locales existentes en la actualidad que serán expropiados y se limitará el uso y aprovechamiento actualmente existente como consecuencia del proyecto impugnado. Por ello, y al no existir una norma legal que establezca un plazo legal más amplio para la resolución de este procedimiento, es de aplicación supletoria en materia de contratación pública las disposiciones contenidas en la Ley 30/1992, tal y como dispone la Disposición Adicional Séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RD Legislativo 2/2000 de 16 de junio y la Disposición final octava nº 1 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público . Sin que pueda acogerse la alegación del Abogado del Estado de que nos encontramos ante un plazo cuyo incumplimiento carece de efectos pues, tal y como hemos señalado la Ley 30/1992 anuda al incumplimiento del plazo de resolución expresa la consecuencia general de la caducidad del procedimiento, y así lo ha afirmado el Tribunal Supremo no solo en las sentencias reseñadas sino también en otras referidas a procedimientos de contratación administrativa afirmando que " *la Ley 30/1992 regula los efectos de la inactividad de los procedimientos iniciados de oficio con vocación de generalidad, de aplicación en principio a todos ellos; y que con igual vocación dispone que la consecuencia ligada a esa inactividad en los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables es la de que "se producirá la caducidad* " (STS, Sala Tercera, Sección 4ª, de 13 de marzo de 2008, rec. 1366/2005). Es por ello que resulta de aplicación del plazo de caducidad de tres meses y en los términos previstos en el art. 42.2 de Ley 40/1992 .

Y finalmente tampoco es posible sostener, como se afirma en el recurso de reposición que resulte aplicable el art. 92.4 de la Ley 30/1992 en cuya virtud "podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento", al tratarse de un precepto aplicable a los procedimientos iniciados a instancia del interesado.

Por todo ello procede declarar la caducidad del presente procedimiento.

TERCERO . A los efectos previstos en el art. 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción en materia de costas procesales, no se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

QUE **PROCEDE ESTIMAR** el recurso D. Juan Antonio García **San** Miguel y Orueta, actuando en nombre y representación de D. Marino y D. Octavio , contra la resolución de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar de 13 de noviembre de 2009, anulando la resolución impugnada, sin hacer expresa condena en costas.

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ