Roj: **STS 158/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:158**

Id Cendoj: **28079130072015100007**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **7**
Fecha: **26/01/2015**
Nº de Recurso: **3464/2012**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**
Ponente: **CELSA PICO LORENZO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil quince.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 3464/12 interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración del Estado contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, en el recurso núm. 643/10 , interpuesto por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , contra la Resolución de 13 de noviembre de 2009 del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino 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 recurrida la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio García San Miguel Orueta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 643/10 seguido ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, Sección 1ª , se dictó Sentencia con fecha 31 de mayo de 2012 , que acuerda: "ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 representada por el Procurador Sr. García San Miguel y Orueta contra la desestimación por silencio del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de fecha 13 de noviembre de 2009, anulando los actos impugnados; sin imposición de costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por el Abogado del Estado se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 12 de noviembre de 2012 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 mediante escrito de 11 de marzo de 2013, formula escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia de 20 de octubre de 2014 se señaló para votación y fallo para el 21 de enero de 2015, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excma. Sra. Dª. **Celsa Pico Lorenzo** , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración del Estado interpone recurso de casación 3464/2012 contra la sentencia estimatoria de fecha 31 de mayo de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, en el recurso núm. 643/10, interpuesto por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , contra la Resolución de 13 de noviembre de

2009 del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino por la que se acordó aprobar definitivamente el proyecto de "Paseo Marítimo en la Playa de Marchamalo. Fase II. T.M. de Cartagena (Murcia).

Identifica la sentencia el acto impugnado en su PRIMER fundamento (completa en CENDOJ Roj: SAN 2509/2012) al tiempo que recoge los argumentos de la pretensión anulatoria y la oposición de la administración.

En el SEGUNDO aborda la caducidad que estima en razón de lo manifestado en el recurso 641/2010 fallado por sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional 12 de marzo de 2012 (añadimos nosotros *sentencia que ha sido confirmada al desestimar el recurso de casación 2150/2012 mediante Sentencia de 28 de enero de 2014).*

Subraya 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"*.

Reseña que el Abogado del Estado considera, que no resulta de aplicación el artículo 44 de la ley 30/1992 sino el art. 63.3.

Razona que la Administración está obligada a dictar una resolución expresa en todos los procedimientos pudiendo incurrir en caducidad por incumplimiento. A tal efecto refleja parcialmente la Sentencia de 15 de junio de 2009, (rec. nº 3067/2006), afirmando que el artículo 44.2, habla de procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, lo que permite referir la naturaleza y efectos del procedimiento a la persona concreta afectada por la actuación. Tras ello consigna múltiples Sentencias aplicando el instituto de la caducidad en los procedimientos de deslindes de vías pecuarias (por todas Sentencias de 19 de mayo de 2010 (recursos de casación 2839/2006 y 2993/2006) y en los procedimientos previstos en la Ley de Costas (Sentencia 25 de mayo de 2009 (casación 5447/2006).

Añade que *"el procedimiento tiene por finalidad una 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"*.

Argumenta que la obra proyectada tiene efectos desfavorables sobre los titulares de los locales que 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 "*.

Rechaza la alegación del Abogado del Estado con cita de Sentencia de 13 de marzo de 2008, rec. 1366/2005 .

Tampoco acepta que resulte aplicable el art. 92.4 de la Ley 30/1992 , LRJAPAC al tratarse de un precepto aplicable a los procedimientos iniciados a instancia del interesado.

SEGUNDO.- 1. Un motivo de recurso al amparo del art. 88.1.d) LJCA invoca infracción de los artículos 105 , DT 1 ª y DF 8ª, de la Ley de Contratos del Sector Público 2007 LCSP, 42.2, 44.2, 92.4 y 63.3 LRJAPAC, 132 y 103 CE Y 122 y DT 1ª DL 2/2000 .

Sostiene que la Resolución impugnada se fundamenta en lo dispuesto en el articulo 105 de la LCSP . Arguye que no es posible aislar el acto impugnado como si fuera un procedimiento terminado que se inició con la exposición pública publicada en el Boletín Oficial de Murcia de 28 de enero de 2008. Defiende se trata de una parte de un procedimiento que constituye el presupuesto para la adjudicación del contrato administrativo de obras y, cuya ejecución, exigirá, además, la tramitación de un procedimiento de expropiación forzosa con respecto de los bienes y derechos incompatibles con la finalidad pública perseguida.

La Abogacía del Estado coincide con la sentencia recurrida en que el procedimiento en cuestión se inicia de oficio y, en que sirve a la satisfacción de una manifiesta finalidad pública, pero discrepa de que se pueda considerar productor de efectos desfavorables.

Recuerda el contenido del artículo 44 LRJAPAC que regula los efectos de la falta de resolución expresa de los procedimientos iniciados de oficio.

Reputa cierto que la jurisprudencia ha variado la interpretación del artículo 44.2 LRJAPAC y que, esa modificación ha determinado que se considere que los deslindes o un procedimiento de recuperación posesoria de dominio público marítimo- terrestre, sujetos a caducidad. Insiste en que se trata de una Resolución, artículo 105 de la LCSP , que exige la adjudicación y ejecución del contrato de obras, además de la expropiación forzosa de los bienes y derechos afectados por dicho contrato. A su entender esta singularidad impide que pueda computarse el procedimiento desde la publicación oficial de la exposición pública hasta la Resolución impugnada, lo que determina que, el transcurso del plazo de seis meses no determine la caducidad, sino una irregularidad no invalidante (artículo 63.3 LRJAPAC).

Invoca también la finalidad pública del procedimiento seguido que pretende no solamente ejecutar una obra de construcción de un paseo marítimo, sino recuperar la accesibilidad peatonal y rodada existente sobre zonas previamente deslindadas de uso público permitiendo la continuidad del paseo marítimo en la zona.

Considera que esa finalidad pública se enmarca dentro de la protección que la Constitución dispensa a los bienes de dominio público marítimo-terrestre (artículo 132) e imprime un interés general caracterizador del procedimiento seguido (artículo 103 de la CE), que impide que pueda subsumirse dicho procedimiento dentro de los de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables.

Razona que la interpretación conjunta de los artículos 105 de la LCSP , 63.3, 44.2 y 42.3 LRJAPAC, permite llegar a la conclusión de que constituye una irregularidad no invalidante que no afecta a la validez de dicho procedimiento.

Concluye que también se han vulnerado los artículos 132 y 103 de la C .E. que incorpora al motivo, junto con el artículo 105 y DF 8 de la LCSP , no obstante no haber sido citados al preparar porque resulta posible tal y como ha reconocido la jurisprudencia de esa Sala y Sección, por ejemplo, en la Sentencia de 24 de mayo de 2011 (recurso de casación 1490/2010 , FDTercero).

Finalmente rechaza la aplicación de la Sentencia de 13 de marzo de 2008 .

1.1. La parte recurrida interesa la inadmisibilidad por estar defectuosamente preparado con cita de la Sentencia de 2 de noviembre de 2012, recurso de casación 5379/2011 .

Alega que los arts. 103 y 132 de la CE , y 105 y DF 8º de la LCSP , son invocados por primera vez en el escrito de interposición del recurso.

En cuanto al fondo defiende el contenido de la sentencia.

Adiciona que el procedimiento es ablatorio susceptible de producir efectos desfavorables en razón de la expropiación que es un procedimiento complejo.

TERCERO .- Procede despejar lo primero el alegato de defectuosa preparación del recurso ante la discordancia entre los artículos invocados al interponer el recurso y los esgrimidos al preparar el recurso que afectaría parcialmente al motivo.

Tal cuestión es cierta como reconoce el propio Abogado del Estado en su escrito de interposición. Amplia los preceptos esgrimidos por la Abogada del Estado al prepararlo ante la Audiencia Nacional.

El hecho de que la defensa del Estado sea ejercitada por distinto representante en una y otra instancia puede provocar tal disfunción.

Sin embargo por más de una razón no cabe aceptar su invocación del FJ Tercero de la Sentencia de 24 de mayo de 2011, recurso de casación 1490/2010 en que se dice que " *Es cierto que la cita de normas infringidas se completa en el escrito de interposición con otras que, sin embargo, no hacen sino abundar en las infracciones normativas ya anunciadas en la fase preparatoria.".*

Una. Cuando se invoca la infracción de jurisprudencia es preciso la invocación de dos sentencias al menos coincidentes en el establecimiento de una determinada doctrina, de conformidad con el carácter reiterado que impone el art. 1.6. C. Civil (Sentencia de 8 de febrero de 2012, recurso de casación 4815/200).

Y aquí sólo se invoca una.

Dos. Los preceptos invocados como infringidos en su interpretación o como vulnerados por su falta de aplicación en la sentencia no pueden ser esgrimidos por vez primera en sede casacional.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Está vedada la introducción de cuestiones no suscitadas previamente ya que ello conduce a la inadmisión del motivo como reiteradamente mantiene este Tribunal (por todas Sentencia de 28 de noviembre de 2011, recurso de casación 6316/2009).

Los preceptos constitucionales invocados son instrumentales del motivo. Tampoco han sido objeto de aplicación por la sentencia ni esgrimidos por el Abogado del Estado al contestar la demanda.

Tres. Finalmente aún en el caso de poder ser enjuiciada la vulneración de la DF 8 de la LCSP falla la invocación al no indicar en cuál de los tres apartados relativos a las normas aplicables a los procedimientos regulados en la citada ley apoya el motivo, tal cual exige el recurso de casación.

Y si bien la sentencia hace mención al apartado primero acontece que no hay desarrollo argumentantivo respecto a la conculcación del meritado precepto.

CUARTO.- Tras lo dicho en el razonamiento anterior, ninguna duda existe acerca de la jurisprudencia de esta Sala que ha aplicado el instituto de la caducidad a la contratación administrativa tal como subraya la Sala de instancia, no solo mediante la Sentencia de 13 de marzo de 2008, recurso de casación 1366/2005 sino también mediante la de 19 de julio de 2004, recurso de casación 4172/1999.

Posteriormente se ha refrendado en la Sentencia de 8 de setiembre de 2010, recurso de casación para la unificación de doctrina 364/2009 , poniendo de relieve la existencia de la anterior doctrina consolidada por lo que fue desestimado el precitado recurso en razón de que la Sala de instancia en la sentencia recurrida había aplicado la precitada doctrina sobre aplicación supletoria de la Ley 30/1992.

También se aplicó en la Sentencia de 28 de junio de 2011, recurso de casación 3003/2009 sobre caducidad en la resolución de un contrato de gestión y en la Sentencia de 2 de octubre de 2007, recurso de casación 7736/2004 , caducidad en la resolución de un contrato de servicios de limpieza.

Los supuestos antedichos en que se aplica el instituto de la caducidad son distintos del aquí concernido si bien no con la singularidad pretendida por la administración. Así en todas las Sentencias citadas afecta a la resolución de un contrato.

Aquí se trata de la aprobación de un proyecto de obras de los enumerados en el art. 105 de la LCSP mas ello no es óbice para la aplicación de la doctrina como ya se dijo en la Sentencia de 28 de enero de 2014, recurso de casación 2150/2012 .

Como recuerda la Sentencia de 13 de marzo de 2008 , FJ 3º B) *"la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna (artículo 42.2. de la Ley 30/1992) del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a este tipo de procedimiento"*.

En el supuesto recurrido lo relevante, como subraya la Sala de instancia, es que ante la ausencia en la LCSP de norma reguladora de la caducidad de los procedimientos de contratación resulta de aplicación la DF 8 .1. LCSP remitiendo a la LRJAPAC también a la aprobación definitiva de un Proyecto de obras de los enumerados en el art. 105 LCSP . No acredita el Abogado del Estado que no fuere de aplicación la LRJAPAC.

No tiene porque resultar extraño que también caduquen los pliegos de particularidades que han de regir una determinada contratación cuyo presupuesto de ejecución por contra se cifra en una cantidad concreta en razón a evitar ulteriores modificaciones del precio final del contrato cuando el mismo parte de un precio cierto.

Y se desconoce cuál puede ser la proyección de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas sobre el proyecto en cuestión.

Finalmente subrayar dado que el propio Abogado del Estado recurrente coincide con la sentencia en que no se trata de un procedimiento iniciado a instancia del interesado sino de oficio incumbía al Abogado del Estado argumentar y no limitarse a pedir una interpretación conjunta como resulta aplicable el invocado apartado cuarto del art. 92 LRJAPAC.

Si bien es cierto que el art. 44.2 LRJAPC remite al art. 92 lo hace bajo la premisa de la existencia de una resolución - administrativa- que declare la caducidad, hecho aquí inexistente.

En unidad de doctrina y por razón de seguridad jurídica no prospera el motivo análogo al planteado en el recurso de casación 2150/2012, fallado por Sentencia de 28 de enero de 2014 a que más arriba se hizo mención, luego reiterado en la Sentencia de 4 de abril de 2014, recurso de casación 819/2013 .

QUINTO .- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el articulo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad,

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 6000 euros.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración del Estado contra la Sentencia estimatoria de fecha 31 de mayo de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Primera, en el recurso núm. 643/10 , deducido por Comunidad de Propietarios DIRECCION000 contra la Resolución del Director 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) la cual procede a anular.

En cuanto a las costas estése al último fundamento.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva Dª Celsa Pico Lorenzo D. Jose Diaz Delgado D. Vicente Conde Martin de Hijas **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ