



Roj: **SAN 2727/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:2727**

Id Cendoj: **28079230012013100292**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2013**

Nº de Recurso: **66/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a doce de junio de dos mil trece.

Vistos por esta Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional los autos del recurso contencioso-administrativo número 66/2012, interpuesto por el Procurador don Vicente Ruigómez Muriedas, en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN DE VECINOS DE LOS BAÑOS DEL CARMEN DE MÁLAGA** en cuya defensa ha intervenido el Abogado don **Alberto Llamas Saavedra**, contra la Orden Ministerial de 6 de octubre de 2011, dictada por la Secretaria General Técnica, por delegación de la Ministra de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 que aprueba el "Proyecto refundido del parque marítimo de los baños del Carmen" en Pedregalejo, Málaga. Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 23 de diciembre de 2011, acordándose mediante decreto de 29 de marzo de 2011 su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998 para el procedimiento ordinario y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 15 de enero de 2013, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria de su pretensión y se anule y deje sin efecto la Orden Ministerial de 6 de octubre de 2011, dictada por la Secretaria General Técnica, por delegación de la Ministra de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 que aprueba el "Proyecto refundido del parque marítimo de los baños del Carmen" en Pedregalejo, Málaga, así como esta última.

Las alegaciones de la parte demandante en defensa de su pretensión son, en síntesis, las siguientes:

1.- Nulidad y, subsidiariamente, anulabilidad de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 que aprobó el proyecto refundido de regeneración de Playa y parque marítimo de Baños del Carmen, en el término municipal de Málaga, por aplicación del artículo 62.1.e LPA, en atención a lo siguiente:

a) Ausencia de notificación en la forma prevenida en los artículos 58 y 59 de la LPA de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010, a la demandante, pese a estar personada en el expediente, provocándole indefensión. Tan solo se ha recibido al respecto una comunicación el 24 de noviembre de 2010, sin indicación de recursos, de una propuesta de resolución que no contiene el texto completo de la Orden Ministerial, llevándose a cabo con posterioridad la notificación con indicación de recursos de la resolución recurrida con el mismo texto que la anterior, infringiéndose el artículo 58. a) LPA.



- b) Ausencia de evaluación de impacto ambiental que exige el artículo 1.3 del Real Decreto Legislativo 13.2/1986, de 28 de junio, al encontrarnos en el caso del apartado 7.e) del Anexo II.
- c) El proyecto carece de estudio básico de la dinámica del litoral referido a la unidad fisiográfica costera correspondiente, que exige el artículo 91.3 del Reglamento de la Ley de Costas .
- d) No consta en el expediente de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 el cumplimiento de los trámites previstos en el artículo 45 de la Ley de Costas , ni los establecidos en los artículos 34, 58 y 84 LPA.
- e) No consta que en el expediente de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 se recabaran los informes de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía y del Ministerio de Defensa, preceptivos, por estar declarados los Astilleros Nereo, que se explotan en el terreno de la concesión, sede de una actividad declarada y catalogada de interés cultural y de interés militar.
- d) El proyecto refundido a que hace referencia la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 no ha tenido en cuenta la modificación del deslinde, acordada por O.M. de 16 de julio de 2009, que afecta sustancialmente a la zona objeto de dicho proyecto y rectificó el propuesto inicialmente para modificar la línea de la ribera del mar, en el muro oeste del astillero, que por ser esencial lo que debió dar lugar a nueva exposición al público del proyecto con posibilidad de nuevas alegaciones, tal y como establece el artículo 45.1 de la Ley de Costas . La ausencia de esta información pública es vicio de nulidad del proyecto.
- f) Se incurre también en anulabilidad de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010, habiéndose vulnerado el artículo 2. c) del Reglamento de la Ley de Costas en cuanto a los fines de la actuación administrativa sobre el dominio público, el artículo 46 de la Constitución que obliga a los poderes públicos a garantizar la conservación del patrimonio histórico cultural y artístico y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad, en relación con los artículos 1 , 61 , 106 y 29 y siguientes de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía , y los artículos 9.1 y concordantes de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español , pues la realización de las construcciones que contempla el proyecto objeto de la orden ministerial recurrida no debe prevalecer sobre la obligación constitucional de proteger y a garantizar la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, que se corresponde con la actividad declarada, catalogada e inscrita como de interés etnográfico que constituye la actividad de carpintería de ribera que se desarrolla en los terrenos objeto de la concesión que se pretende rescatar. De modo que la Administración del Estado viene obligada a conservar, mantener y custodiar la actividad protegida de carpintería que se desarrolla en los Astilleros Nereo en vez de pretender el rescate de la concesión con la desaparición de tal actividad.
- g) Se incurre por el Proyecto recurrido en desviación de poder del artículo 70.2 LRJCA , al pretenderse legalizar las construcciones propias del Paseo Marítimo y edificaciones previstas en el Plan Especial de los Baños del Carmen, incluyendo la ocupación y demolición de los Astilleros Nereo que no forman parte de los baños del Carmen sino de la playa de Pedregalejo y constituyen una actividad de interés etnológico catalogada por la Dirección General de Bienes Culturales de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 11 de marzo de 2013, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, confirmándose el acto administrativo impugnado.

Las alegaciones de la Administración demandada en sustento de su pretensión son, en síntesis, las siguientes:

1.- No concurre nulidad de pleno derecho en la orden ministerial recurrida, pues no se ha prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido. Tampoco los vicios denunciados son causa de anulabilidad, pues la orden ministerial recurrida fue notificada el 24 de noviembre de 2010 a la parte demandante y no se ha visto mermado su derecho de defensa.

2. La resolución de 23 de noviembre de 2007 de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático decidió no someter a evaluación de impacto ambiental el proyecto de Regeneración de la playa de Baños del Carmen, en Málaga, y publicada no fue recurrida, sin perjuicio de lo cual consta en el expediente el correspondiente estudio de impacto ambiental.

3.- El estudio básico de la dinámica del litoral, cuya ausencia alega la parte demandante, se encuentra en el anejo 4 de la memoria del Proyecto, complementado por un estudio del clima marítimo (anejo 2), un estudio de propagación de oleaje (anejo 3) y un estudio de corrientes (anejo 5).

4.- En la aprobación del proyecto se siguieron los trámites del procedimiento establecido reglamentariamente en los artículos 85 a 100 del Reglamento de la Ley de Costas . Concretamente se cumplió el trámite de información pública, formulando alegaciones la recurrente, y se sometió a informe de los organismos



correspondientes. No fue necesaria nueva información pública, pues no se introdujeron modificaciones sustanciales en el proyecto como consecuencia de las alegaciones, tratándose de modificaciones de pequeña entidad consensuadas con el Ayuntamiento de Málaga. A lo que se añade que la normativa no exige informe de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía ni del Ministerio de Defensa, al margen de que no consta que los Astilleros Nereo estén declarados de interés militar.

5.- La modificación de la ribera del mar en el deslinde de 16 de julio de 2009 no afecta a la situación de los Astilleros que continúan en dominio público marítimo terrestre, ni justifica el desplazamiento del paseo marítimo.

6.- La Orden de 19 de febrero de 2008 de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía que resolvió inscribir en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, como bien de catalogación general, la actividad de interés etnológico de carpintería de ribera de las playas de Pedregalejo (Málaga), solo protege la actividad, no los inmuebles en los que se desarrolla, pues puede seguir desarrollándose en cualquier otro lugar de dichas playas. Además, el mantenimiento del edificio donde se ubican los Astilleros Nereo es incompatible con el proyecto y con la reordenación de la zona.

7.- No se incurre en desviación de poder puesto que los fines perseguidos por el proyecto se ajustan a los previstos en el artículo 2 de la Ley de Costas, tal y como se expone en la memoria del proyecto.

CUARTO.- No habiéndose recibido el pleito a prueba, se dio traslado a las partes, por su orden, para que formularan conclusiones, trámite que evacuaron mediante la presentación de sendos escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día cinco de junio de 2013, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente el Ilmo. Magistrado don JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la Orden Ministerial de 6 de octubre de 2011, dictada por la Secretaria General Técnica, por delegación de la Ministra de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 que aprueba el "Proyecto refundido del parque marítimo de los baños del Carmen" en Pedregalejo, Málaga.

SEGUNDO.- La primera alegación de la parte demandante pretende la nulidad y, subsidiariamente, anulabilidad de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 que aprobó el proyecto refundido de regeneración de Playa y parque marítimo de Baños del Carmen, en el término municipal de Málaga, por aplicación del artículo 62.1.e LPA, en atención a los concretos motivos que se desarrollaran a continuación.

Se esgrime como primer motivo de nulidad la ausencia de notificación en la forma prevenida en los artículos 58 y 59 de la LPA de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010, a la demandante, pese a estar personada en el expediente, provocándole indefensión. Tan solo se ha recibido al respecto una comunicación el 24 de noviembre de 2010, sin indicación de recursos, de una propuesta de resolución que no contiene el texto completo de la Orden Ministerial, llevándose a cabo con posterioridad la notificación con indicación de recursos de la resolución recurrida con el mismo texto que la anterior, infringiéndose el artículo 58. a) LPA.

Pues bien, tal y como afirma el Abogado del Estado, el texto íntegro de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 que aprobó el proyecto refundido de regeneración de Playa y parque marítimo de Baños del Carmen, en el término municipal de Málaga, fue notificado a la asociación hoy demandante con fecha 24 de noviembre de 2010, como revela el contenido de los documentos 23 y 26 del expediente administrativo, recogiendo en el primero aquella orden ministerial, materializada en la aprobación por el Subsecretario del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino con aquella fecha, actuando por delegación del titular del departamento, de la propuesta formulada por la Directora General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar con fecha 27 de mayo de 2010, y en el segundo la notificación de dicha orden ministerial.

Aunque la citada notificación tuvo lugar sin indicación de su firmeza ni información acerca de los recursos de que era susceptible, incumpliendo lo preceptuado en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal defecto fue subsanado en la notificación posterior de la misma orden ministerial, practicada a solicitud de la asociación demandante, el 15 de abril de 2011 (documento 28 del expediente). De hecho la Asociación de Vecinos de los Baños del Carmen presentó recurso de reposición contra la mencionada orden ministerial con fecha 28 de mayo de 2011, que fue desestimado por la Orden Ministerial de 6 de octubre de 2011, dictada por la Secretaria



General Técnica, por delegación de la Ministra de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, impugnada en este proceso contencioso-administrativo.

Por consiguiente, en atención a que la defectuosa notificación de un acto administrativo no afecta a su validez, sino tan solo a su eficacia, y dada la subsanación que de tal defecto tuvo lugar en el presente supuesto, en todo caso irrelevante desde el momento en que tuvo lugar la presentación del recurso de reposición contra la orden ministerial de 31 de mayo de 2010, en aplicación del artículo 58.3 de la LRJPAC, procede rechazar esta primera causa de nulidad o anulabilidad invocada, pues resulta patente que el inicial defecto formal en la notificación ningún atisbo de indefensión pudo causar a la asociación recurrente.

TERCERO.- Como segundo motivo de nulidad o anulabilidad de la orden ministerial recurrida alega la demandante la ausencia de evaluación de impacto ambiental que exige el artículo 1.3 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, al encontrarnos en el caso del apartado 7.e) del Anexo II.

Frente a ello, manifiesta el Abogado del Estado que la resolución de 23 de noviembre de 2007 de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático decidió no someter a evaluación de impacto ambiental el proyecto de Regeneración de la playa de Baños del Carmen, en Málaga, y publicada no fue recurrida, sin perjuicio de lo cual consta en el expediente el correspondiente estudio de impacto ambiental.

No resultando controvertido que el proyecto objeto de aprobación por la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 recurrida se halla encuadrado en el apartado 7, letra e), del anexo II, del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, procede exponer la normativa aplicable a tal proyecto y su interpretación jurisprudencial.

La Evaluación de Impacto Ambiental ha sido definida por la doctrina como una técnica de protección ambiental de carácter preventivo consistente en un procedimiento compuesto por un conjunto de estudios y sistemas técnicos y abierto a la participación pública, cuyo objeto es posibilitar la evaluación de la autoridad ambiental del impacto o efectos para el medio ambiente de un proyecto de obra o actividad en un informe, denominado DIA, en el que se pronuncia, desde los postulados ambientales, sobre la conveniencia o no de realizar un proyecto y sobre las condiciones en que, en su caso, debe realizarse.

Tal y como afirma hoy la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, la evaluación de impacto ambiental de proyectos constituye el instrumento más adecuado para la preservación de los recursos naturales y la defensa del medio ambiente. Es una técnica que introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente, que resulta eficaz para evitar las agresiones contra la naturaleza, permitiendo elegir entre las diferentes alternativas posibles, aquella que mejor salvaguarde los intereses generales desde una perspectiva global e integrada y teniendo en cuenta todos los efectos derivados de la actividad proyectada.

La normativa aplicable al caso que nos ocupa viene dada por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, hoy derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2008.

Aquella norma trae causa de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente -modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997-, que incorpora el principio de la prevención como uno de los principios básicos que debe informar toda política ambiental, al integrar la evaluación de impacto ambiental en la programación y ejecución de los proyectos de los sectores económicos de mayor importancia, en consonancia con lo que establece el actual artículo 6 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según el cual las exigencias de la protección del medio ambiente deben incluirse en la definición y en la realización de las demás políticas y acciones de la Comunidad con el objeto de fomentar un desarrollo sostenible.

La citada directiva comunitaria considera, entre otros aspectos, que los efectos de un proyecto sobre el medio ambiente deben evaluarse para proteger la salud humana, contribuir mediante un mejor entorno a la calidad de vida, velar por el mantenimiento de la diversidad de especies y conservar la capacidad de reproducción del sistema como recurso fundamental de la vida.

El Real Decreto Legislativo 1302/1986 pretende asegurar la integración de los aspectos ambientales en el proyecto de que se trate mediante la incorporación de la evaluación de impacto ambiental en el procedimiento de autorización o aprobación de aquél por el órgano sustantivo. A estos efectos, la evaluación de impacto ambiental ha de contener la información que recoge su artículo 2 y permite estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto puede causar sobre el medio ambiente.

Se ocupa el artículo 1 del RDL 1302/1986 de establecer qué proyectos deben someterse a evaluación de impacto ambiental antes de ser autorizados. Distingue entre los proyectos, públicos y privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I, que deberán someterse necesariamente a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esa ley (artículo 1.2 RDL 1/2008), y aquellos otros que sólo deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental, cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso (artículo 1.3 RDL 1/2008).

En este último supuesto se encuentran los proyectos públicos o privados consistentes en la realización de las obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo II, y los proyectos públicos o privados no incluidos en el anexo I que pueda afectar directa o indirectamente a los espacios de la Red Natura 2000.

Ahora bien, la decisión de someter o no estos proyectos a evaluación de impacto ambiental debe ser motivada y pública, y ajustarse a los criterios establecidos en el anexo III. Estos criterios son los siguientes:

"Criterios de selección previstos en el apartado 2 del artículo 3

1. Características de los proyectos: Las características de los proyectos deberán considerarse, en particular, desde el punto de vista de:

- a. El tamaño del proyecto.*
- b. La acumulación con otros proyectos.*
- c. La utilización de recursos naturales.*
- d. La generación de residuos.*
- e. Contaminación y otros inconvenientes.*
- f. El riesgo de accidentes, considerando en particular las sustancias y las tecnologías utilizadas.*

2. Ubicación de los proyectos: La sensibilidad medioambiental de las áreas geográficas que puedan verse afectadas por los proyectos deberá considerarse teniendo en cuenta, en particular:

- a. El uso existente del suelo.*
- b. La relativa abundancia, calidad y capacidad regenerativa de los recursos naturales del área.*
- c. La capacidad de carga del medio natural, con especial atención a las áreas siguientes:*
 - 1. Humedales.*
 - 2. Zonas costeras.*
 - 3. Áreas de montaña y de bosque.*
 - 4. Reservas naturales y parques.*
 - 5. Áreas clasificadas o protegidas por la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas; áreas de especial protección designadas en aplicación de las Directivas 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, y 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992.*
 - 6. Áreas en las que se han rebasado ya los objetivos de calidad medioambiental establecidos en la legislación comunitaria.*
 - 7. Áreas de gran densidad demográfica.*
 - 8. Paisajes con significación histórica, cultural y/o arqueológica.*

3. Características del potencial impacto: Los potenciales efectos significativos de los proyectos deben considerarse en relación con los criterios establecidos en los anteriores apartados 1 y 2, y teniendo presente en particular:

- a. La extensión del impacto (área geográfica y tamaño de la población afectada).*
- b. El carácter transfronterizo del impacto.*
- c. La magnitud y complejidad del impacto.*
- d. La probabilidad del impacto.*
- e. La duración, frecuencia y reversibilidad del impacto".*

Naturalmente, la decisión de la Administración del Estado de someter o no a evaluación de impacto ambiental los proyectos, públicos o privados consistentes en la realización de las obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo II, y los proyectos públicos o privados no incluidos en el anexo I que puedan afectar directa o indirectamente a los espacios de la Red Natura 2000, que será en todo caso motivada y pública, dependerá de que se estime que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, atendiendo a los criterios comprendidos en el Anexo III.

No se trata, por tanto, de una decisión sujeta al ejercicio de una potestad discrecional, de modo que la Administración pueda elegir válidamente entre una u otra opción, sino de una decisión sometida al ejercicio de una potestad reglada, al venir determinados todos los elementos de ejercicio de la misma por la Ley y ser posible tan solo una solución justa, aun cuando dicha decisión requiera la integración de conceptos jurídicos indeterminados con el correspondiente margen de apreciación que ello conlleva.

Así lo pone de relieve la normativa comunitaria de la que trae causa el Real Decreto Legislativo 1302/1986.

La Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, establece lo siguiente:.

Artículo 1:

1. La presente Directiva se aplica a la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de los proyectos públicos y privados que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

2. Con arreglo a la presente Directiva, se entenderá por proyecto:

- *la realización de trabajos de construcción o de otras instalaciones u obras,*
- *otras intervenciones en el medio natural o el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación de los recursos del suelo;*

[...]»

El artículo 2, apartado 1, dispone: « *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización, se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos. Estos proyectos se definen en el artículo 4.»*

A tenor del artículo 3 «*La evaluación del impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con los artículos 4 a 11, los efectos directos e indirectos de un proyecto en los siguientes factores:*

- *el ser humano, la fauna y la flora,*
- *el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje,*
- *los bienes materiales y el patrimonio cultural,*
- *la interacción entre los factores mencionados en los guiones primero, segundo y tercero.»*

El artículo 4 de la misma Directiva está formulado del modo siguiente:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2, los proyectos enumerados en el Anexo I serán objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los artículos 5 a 10.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2, por lo que respecta a los proyectos enumerados en el Anexo II, los Estados miembros determinarán:

- a) mediante un estudio caso por caso, o*
- b) mediante umbrales o criterios establecidos por el Estado miembro, si el proyecto será objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los artículos 5 a 10.*

Los Estados miembros podrán decidir la aplicación de ambos procedimientos contemplados en las letras a) y b).

3. Cuando se examine caso por caso o se establezcan umbrales o criterios a los efectos del apartado 2, se tendrán en cuenta los criterios pertinentes de selección establecidos en el Anexo III.

[...]»

El anexo I de la Directiva 85/337 incluye los proyectos contemplados en el apartado 1 del artículo 4 de dicha Directiva, que obligatoriamente deben ser objeto de evaluación ambiental. En particular, el apartado 7, letra a),



de este anexo se refiere a la «construcción [...] de aeropuertos cuya pista básica de aterrizaje sea de al menos 2.100 metros de longitud».

El anexo II de dicha Directiva incluye los proyectos contemplados en el apartado 2 del artículo 4 de la misma, con respecto a los cuales los Estados miembros conservan, en las condiciones de dicho artículo, un margen de apreciación en cuanto a la realización de la evaluación ambiental. En particular, el apartado 10, letra d), de este anexo tiene por objeto la «construcción de aeródromos (proyectos no incluidos en el Anexo I)» y el apartado 13, primer guión, del mismo anexo se refiere a «cualquier cambio o ampliación de los proyectos que figuran en el Anexo I o en el Anexo II, ya autorizados, ejecutados, o en proceso de ejecución, que puedan tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente».

El anexo III de la Directiva 85/337, que se refiere a los criterios de selección contemplados en el apartado 3 del artículo 4 de la misma

Pues bien, el examen de la jurisprudencia comunitaria en relación con la interpretación y aplicación de la Directiva 85/337 en relación con el supuesto que nos ocupa se extraen las siguientes conclusiones:

1.- Por lo que respecta al establecimiento de umbrales o criterios para determinar si un proyecto de este tipo debe ser objeto de una evaluación de impacto ambiental, procede recordar que el artículo 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 85/337 confiere a los Estados miembros un margen de apreciación al respecto. No obstante, dicho margen de apreciación se encuentra limitado por la obligación, establecida en el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva, de someter a evaluación los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular, debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización (véanse, en este sentido, la sentencia WWF y otros antes citada, apartado 36 y jurisprudencia citada, la sentencia de 21 de marzo de 2013, petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), asunto C-244/12, apartado 29, la sentencia de 30 de abril de 2009, Mellor, asunto C-75/08, apartado 51, la sentencia de 28 de febrero de 2008, petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Bélgica), asunto C-2/07, apartado 37 de 23, y la sentencia de 23 noviembre de 2006, Comisión contra República Italiana asunto C-486/04, apartado 53 y jurisprudencia citada).

2.- El hecho de que el Estado miembro disponga del margen de apreciación citado, no basta por sí solo para excluir un determinado proyecto del procedimiento de evaluación previsto en la Directiva. De no ser así, los Estados miembros podrían aprovechar el margen de apreciación que les reconoce el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 para liberar a un proyecto específico de la obligación de evaluación, aun cuando pudiera tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización (véase la sentencia de 10 de junio de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, asunto C-87/02, apartado 43)

De modo que del artículo 4, apartado 3, de la Directiva 85/337 resulta que cuando se establezcan umbrales o criterios a los efectos del apartado 2, letra b), del mismo artículo, se tendrán en cuenta los criterios pertinentes de selección previstos en el anexo III de dicha Directiva (véanse la sentencia de 21 de marzo de 2013, petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), asunto C-244/12, apartado 32, y la sentencia de 23 noviembre de 2006, Comisión contra República Italiana asunto C-486/04, apartado 54 y jurisprudencia citada)

De entre los criterios de selección contemplados en el referido artículo 4, apartado 3, el anexo III de la Directiva 85/337 distingue, en primer lugar, las características de los proyectos, que deberán considerarse, en particular, desde el punto de vista del tamaño del proyecto, de la acumulación con otros proyectos, de la utilización de recursos naturales, de la generación de residuos, de la contaminación y otros inconvenientes y del riesgo de accidentes; en segundo lugar, la ubicación de los proyectos, debiendo considerarse la sensibilidad medioambiental de las áreas geográficas que puedan verse afectadas por los proyectos, teniendo en cuenta, en particular, el uso existente del suelo y la capacidad de carga del medio natural, y, en tercer lugar, las características del potencial impacto, en particular, con respecto al área geográfica y al tamaño de la población afectada (véase la sentencia de 23 noviembre de 2006, Comisión contra República Italiana asunto C-486/04, apartado 55 y jurisprudencia citada).

Así, un Estado miembro que estableciera criterios y/o umbrales teniendo en cuenta únicamente las dimensiones de los proyectos, sin tomar en consideración asimismo su naturaleza y su localización, sobrepasaría el margen de apreciación de que dispone en virtud del artículo 2, apartado 1, y del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 (véase la sentencia de 28 de febrero de 2008, petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Bélgica), asunto C-2/07, apartado 38).

Por consiguiente, sea cual sea el método elegido por un Estado miembro para determinar si un proyecto específico requiere o no una evaluación, a saber, la designación de un proyecto específico por vía legislativa o



tras proceder a un examen individual del mismo, este método no debe menoscabar el objetivo de la Directiva, que es el de no eximir de la correspondiente evaluación ningún proyecto que pueda tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en el sentido de la Directiva, salvo si una apreciación global permitiera descartar que el proyecto específico excluido pueda tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente (véase la sentencia de 10 de junio de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, asunto C-87/02, apartado 44)

Por tanto, la Administración del Estado tiene la obligación de someter a evaluación los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular, debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización. La decisión a adoptar en el caso que nos ocupa, someter o no a evaluación de impacto ambiental el proyecto de Regeneración de la playa de Baños del Carmen, incluido en el anexo II del Real Decreto Legislativo 1302/1986, dependerá de que, atendiendo a los criterios comprendidos en el Anexo III, que resultan acordes a los contemplados en el Anexo III de la Directiva 85/337, se estime que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente.

Sentado lo anterior, debe reconocerse que en esta decisión el órgano medio ambiental goza de un cierto margen de apreciación, pero limitado por la necesaria ponderación, en cada caso concreto, de los criterios del Anexo III, con el fin de establecer la incidencia que la obra puede producir en el medio natural y en el entorno sobre el que se ejecuta.

Los criterios contenidos en este Anexo III aparecen referidos tanto a las características de los proyectos, su ubicación en especial por la incidencia en áreas geográficas que puedan verse afectadas por los proyectos y a las características del potencial impacto.

Pues bien, mediante Resolución de 23 de noviembre de 2007 de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático decidió no someter a evaluación de impacto ambiental el proyecto de Regeneración de la playa de Baños del Carmen, en Málaga, y publicada no fue recurrida.

Dicha resolución, tras describir la situación y el contenido de citado proyecto que tiene como objeto regenerar y estabilizar la franja costera de la playa de los Baños del Carmen, así como erradicar el estado general de abandono de la misma y de las instalaciones existentes de un antiguo balneario, refiriéndose a las demoliciones y excavaciones necesarias para su ejecución y las nuevas construcciones a realizar, concluye lo siguiente:

"Análisis según los criterios del anexo III.-Una vez analizada la documentación que obra en el expediente, y considerando las respuestas recibidas a las consultas practicadas, se realiza el siguiente análisis para determinar la necesidad de sometimiento del proyecto a evaluación de impacto ambiental, según los criterios del anexo III del Real Decreto Legislativo 1302/1986.

Características del proyecto: Las actuaciones objeto de proyecto consisten, básicamente, en demoliciones de infraestructuras existentes, rebajes del terreno, regeneración de superficie seca de playa y construcción de obras de protección, espigones, pie de playa, muros y accesos a playa.

Actualmente, el Ayuntamiento de Málaga prevé la construcción de un puerto deportivo en la punta de Morlaco. Si así fuera, se deberá estudiar la influencia de dicho proyecto en el equilibrio de las playas de Baños del Carmen. Por otra parte, la Dirección General de Costas prevé la remodelación de la obra marítima de regeneración de las playas de Pedregalejo, continuación del paseo marítimo de poniente y regeneración de playas de la zona. Igualmente, en dichas actuaciones deberá tenerse en cuenta la posible influencia sobre las playas estabilizadas y regeneradas de Baños del Carmen. El volumen de arena destinado a la regeneración de playas, cuantificado en 95.795 m³, será extraído de canteras terrestres. Asimismo, las actuaciones previstas requieren otros materiales de canteras tales como arenas de machaqueo y escolleras. Dichos materiales serán extraídos de canteras autorizadas, próximas al ámbito de actuación, localizadas en los municipios de Málaga, Alhaurín de la Torre, Mollina, Coín y Churriana, con una capacidad de suministro de 200-250.000 Tm/mes. La zona de actuación contiene estructuras y restos de estructuras tales como pequeñas edificaciones, muros y sus cimentaciones, pavimentos, etc., que será necesario demoler, originando inertes cuyo excedente sobre el volumen reutilizable será necesario evacuar a vertedero. Prescindiendo de materiales metálicos procedentes de las estructuras ligeras de cubierta, cerramientos, canalizaciones de agua y electricidad, cuyo destino suele ser el almacén de chatarra, las demoliciones van a originar residuos de material cerámico (fábricas de ladrillo) y material granular (fábricas de hormigón en masa, sobre todo, y armado, en pequeño volumen). En resumen las cantidades de los residuos que obtendrán durante la ejecución de estas obras son los siguientes: 10.817 t. de «todo uno» y escolleras que se reutilizaran en su totalidad, 15.030 metros cúbicos de tierras y escombros que se llevarán a vertedero junto con el material procedente de la demolición de un edificio de 1.390,81 metros cuadrados de placas de fibrocemento y el desmontaje de una estructura metálica. El volumen excedentario de



materiales identificado anteriormente será transportado al Complejo Medioambiental «Los Ruices», propiedad del Ayuntamiento de Málaga, donde serán adecuadamente gestionados por la empresa Limasa.

Ubicación del proyecto:

Actualmente, la franja de costa objeto de proyecto se encuentra altamente degradada, especialmente en la zona de poniente, donde la superficie de playa seca es prácticamente inexistente. Parte de la zona se encuentra ocupada por las antiguas instalaciones del balneario de los Baños del Carmen y el astillero Nereo.

Dada la ausencia de figuras de protección en la zona de actuación, la capacidad de carga del medio puede considerarse alta para asumir las acciones provocadas por esta actividad.

Características del potencial impacto:

Las acciones del proyecto con potencial incidencia ambiental se producen, principalmente, durante la fase de construcción, y son debidas a las demoliciones, excavaciones y aporte de material para regeneración de playas, así como la propia construcción de las infraestructuras previstas. El escombros procedente de los sobrantes de las demoliciones y rebajes del terreno será transportado a vertederos autorizados, y en la medida de lo posible, deberá ser reutilizado en la construcción de espigones y escolleras.

Se prevé el incremento de turbidez en la columna de agua lo que ocasionará una menor penetración de energía luminosa en la masa de agua, pudiendo afectar a poblaciones vegetales marinas. Asimismo, se producirá una movilización de contaminantes y alteración sobre los organismos filtradores presentes en la zona. Con el fin de reducir dicha afección, se emplearán medios con capacidad suficiente para minimizar el plazo de ejecución. Igualmente, se considerará, si fuese necesario, el uso de barreras para evitar la dispersión de finos en la zona de aportaciones a la playa. Se producirán otras afecciones tales como alteración de la dinámica litoral, alteración de la calidad atmosférica y acústica, afecciones sobre las comunidades animales y vegetales, modificación sobre las características físico-químicas del agua y afección a los recursos pesqueros sobre las que se actuará para reducir su impacto. Las medidas reductoras se basan principalmente en la aplicación de técnicas constructivas respetuosas con el medio ambiente y en la consideración de todos los aspectos ambientales durante la redacción y ejecución del proyecto constructivo. La aplicación de estas medidas reductoras de impacto posibilitaría la modulación de los potenciales impactos haciéndolos compatibles con el medio ambiente de la zona. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se considera que el proyecto causará afecciones poco significativas sobre el entorno".

Frente a las conclusiones alcanzadas en la resolución administrativa examinada, que considera innecesario el sometimiento a evaluación de impacto ambiental del proyecto de Regeneración de la playa de Baños del Carmen, la parte demandante no ha realizado alegación alguna que conlleve la necesidad de tal evaluación en atención a una hipotética repercusión significativa del proyecto en el medio ambiente. Al respecto se ha limitado esta parte a afirmar, sin más, la necesidad de tal evaluación en atención su inclusión en el anexo II del RDLegislativo 1302/1986, circunstancia que, como ya señalamos, no conlleva necesariamente tal exigencia.

No obstante lo expuesto, el anejo 28 de la Memoria del Proyecto contiene un estudio de impacto ambiental del proyecto que nos ocupa, que a partir de la descripción en profundidad de las condiciones actuales del medio, identifica los impactos más importantes que se producirán a consecuencia de la obra proyectada, con un análisis de la compatibilidad del proyecto con la ordenación general del territorio en la zona, el delineamiento de medidas correctoras y la propuesta de un programa de seguimiento ambiental. Este informe se fundamenta en la inclusión del proyecto en el anexo II del RDL 1302/1986, apartados 3 d) y 7 e).

Por ello, debe ser rechazada la causa de nulidad o anulabilidad consistente en la ausencia de evaluación de impacto ambiental.

CUARTO.- Como tercer motivo de nulidad o anulabilidad de la orden ministerial impugnada, alega la demandante que el proyecto carece de estudio básico de la dinámica del litoral referido a la unidad fisiográfica costera correspondiente, que exige el artículo 91.3 del Reglamento de la Ley de Costas .

Dispone el artículo 91.3 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre , que aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley de Costas, refiriéndose al proyecto básico que debe formularse para que la Administración competente resuelva sobre la ocupación o utilización del dominio público marítimo terrestre, lo siguiente:

"Cuando el proyecto contenga la previsión de actuaciones en el mar o en la zona marítimo-terrestre, deberá comprender un estudio básico de la dinámica litoral referido a la unidad fisiográfica costera correspondiente y de los efectos de las actuaciones previstas". El estudio básico de dinámica del litoral, que se acompañará como anejo a la Memoria, habrá de comprender los aspectos recogidos en el artículo 92 del Reglamento de Costas .



La Memoria del Proyecto, en su anejo 4, acompaña un estudio básico de la dinámica del litoral que se ajusta a las exigencias expresadas en el Reglamento de Costas, pues tiene por objeto caracterizar la dinámica sedimentaria de la zona para conocer el comportamiento actual del litoral y poder extrapolar las conclusiones obtenidas a las diferentes alternativas de regeneración. Dicho informe aparece complementado por un estudio de clima marítimo que se ocupa del análisis del clima marítimo en la zona correspondiente al litoral de Málaga a partir de los registros obtenidos de la boya escalar de Málaga, los datos visuales de barcos en ruta facilitados por el Clima Marítimo de Puertos del Estado, la información proporcionada por el departamento de Clima Marítimo de Puertos del Estado, y los registros del mareógrafo de Málaga. (anejo 2 de la Memoria del Proyecto), un estudio de propagación del oleaje (anejo 3 de la Memoria del Proyecto) y un estudio de corrientes marinas (anejo 5 de la Memoria del Proyecto).

Por ello, proceder rechazar la concurrencia de este vicio en el procedimiento de aprobación del proyecto.

QUINTO.- Como tercer motivo de nulidad o anulabilidad de la orden ministerial impugnada, alega la demandante que la aprobación del proyecto no ha cumplido los trámites previstos en el artículo 45 de la Ley de Costas, ni los establecidos en los artículos 34, 58 y 84 LPA.

En particular, se alega que no consta que en el expediente de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 se recabaran los informes de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía y del Ministerio de Defensa, preceptivos, por estar declarados los Astilleros Nereo, que se explotan en el terreno de la concesión, sede de una actividad declarada y catalogada de interés cultural y de interés militar.

Tal y como dispone el artículo 45.1 de la Ley de Costas, los trámites del procedimiento de aprobación de los proyectos de la Administración del Estado, se recogen en los artículos 85 a 100 de su reglamento. De conformidad con tal regulación se ha cumplido con el trámite de información pública, como consecuencia del cual la asociación demandante presentó alegaciones, y el proyecto se ha sometido a informe de los organismos correspondientes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97.1 del Reglamento de la Ley de Costas.

De modo que la normativa expresada no exige la incorporación al expediente de aprobación del proyecto de informes de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía y del Ministerio de Defensa. El informe de la Junta de Andalucía fue emitido por la Consejería de Medio Ambiente. Por lo demás, no consta en el expediente que los astilleros hubieran sido declarados de interés militar, pese a lo afirmado por la parte demandante.

Por último, la denuncia de la infracción de los artículos 34, relativo a la identificación de los interesados en los procedimientos administrativos, y 84, relativo al trámite de audiencia de los interesados, de la LRJPAC, carece de fundamento alguno. La información pública a que fue sometido el proyecto ha posibilitado la formulación de alegaciones de cuantos interesados lo estimaran oportuno, tal y como lo hizo la asociación demandante.

Por ello, debe también rechazarse la concurrencia del defecto procedimental expresado.

SEXTO.- Alega también la parte demandante que el proyecto refundido a que hace referencia la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 no ha tenido en cuenta la modificación del deslinde, acordada por O.M. de 16 de julio de 2009, que afecta sustancialmente a la zona objeto de dicho proyecto y rectificó el propuesto inicialmente para modificar la línea de la ribera del mar, en el muro oeste del astillero, que por ser esencial debió dar lugar a nueva exposición al público del proyecto con posibilidad de nuevas alegaciones, tal y como establece el artículo 45.1 de la Ley de Costas. La ausencia de esta información pública es vicio de nulidad del proyecto.

Al respecto, afirma el Abogado del Estado, con fundamento en el informe de la Demarcación de Costas de 15 de junio de 2011, que la modificación de la ribera del mar en el deslinde de 16 de julio de 2009 no afecta a la situación de los Astilleros que continúan en dominio público marítimo terrestre, ni justifica el desplazamiento del paseo marítimo.

En cualquier caso, ninguna prueba se ha practicado a instancias de la actora que sustente su afirmación y con ello la necesidad de que fuera necesario modificar el proyecto que nos ocupa de forma sustancial con motivo de la delimitación del dominio público marítimo terrestre expresada, con la consiguiente exigencia de reiteración de exposición pública del mismo.

Por otro lado, nada permite concluir que las modificaciones introducidas en el proyecto para adaptarlo a los requerimientos medioambientales, consensuadas con el Ayuntamiento de Málaga, a que se refiere la Adenda de Adaptación y Mejora de las Actuaciones previstas en el proyecto, pudieran calificarse de sustanciales, a los efectos de lo previsto en el artículo 45.1 in fine de la Ley de Costas.

SEPTIMO.- Alega la demandante que la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 vulnera el artículo 2. c) del Reglamento de la Ley de Costas en cuanto a los fines de la actuación administrativa sobre el dominio



público, el artículo 46 de la Constitución que obliga a los poderes públicos a garantizar la conservación del patrimonio histórico cultural y artístico y de los bienes que lo integran cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad, en relación con los artículos 1, 61, 106 y 29 y siguientes de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía, y los artículos 9.1 y concordantes de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. El razonamiento sobre el que reside la denuncia de las infracciones normativas que genéricamente hace la demandante, consiste en que la realización de las construcciones que contempla el proyecto objeto de la orden ministerial recurrida no debe prevalecer sobre la obligación constitucional de proteger y a garantizar la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, que se corresponde con la actividad declarada, catalogada e inscrita como de interés etnográfico que constituye la actividad de carpintería de ribera que se desarrolla en los terrenos objeto de la concesión que se pretende rescatar. De modo que la Administración del Estado viene obligada a conservar, mantener y custodiar la actividad protegida de carpintería que se desarrolla en los Astilleros Nereo en vez de pretender el rescate de la concesión con la desaparición de tal actividad.

Por último, afirma la demandante que el Proyecto recurrido incurre en desviación de poder del artículo 70.2 LRJCA, al pretenderse legalizar las construcciones propias del Paseo Marítimo y edificaciones previstas en el Plan Especial de los Baños del Carmen, incluyendo la ocupación y demolición de los Astilleros Nereo que no forman parte de los baños del Carmen sino de la playa de Pedregalejo y constituyen una actividad de interés etnológico catalogada por la Dirección General de Bienes Culturales de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía.

La relación existente entre ambas alegaciones aconseja su examen conjunto, pues la desviación de poder denunciada se encuentra inseparablemente ligada a la cita de la normativa sobre protección de patrimonio histórico de Andalucía, cuyos principios informadores se consideran vulnerados por la parte demandante en la aprobación del "Proyecto refundido del parque marítimo de los baños del Carmen" en Pedregalejo.

La desviación de poder consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998 y artículo 83.3 de la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956) y se encuentra constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución, en relación con el artículo 103 del propio texto constitucional y los artículos 63.1 de la LRJPAC y 70.2 de la LJCA).

Según jurisprudencia consolidada, que recopila la STS de 23 de febrero de 2012, Rec. 2921/2008, la desviación de poder comporta la existencia de un acto administrativo ajustado en sus requisitos extrínsecos a la legalidad pero afectado de invalidez por contradecir en su motivación el sentido teológico de la actividad administrativa, que ha de estar orientada, en todo caso, a la promoción del interés público y, en particular, a la finalidad concreta con que está configurada en la norma la potestad administrativa que se ejercita (SSTS de 6 de marzo de 1992, de 25 de febrero, 10 de marzo, y 12 de mayo de 1996). Para su apreciación es preciso que quien la invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe, si bien en este aspecto la más reciente jurisprudencia ha flexibilizado el rigor de otra anterior, que exigía una prueba absoluta y plena, entendiendo que la misma dificultad de la probanza de motivaciones internas hacía necesario admitir como suficiente la acreditación que permita al Tribunal formar su convicción (SSTS de 7 de marzo de 1986, de 19 de enero de 1989 y de 14 de octubre de 1994, entre otras muchas).

Tal y como manifiesta la STS de 8 de octubre de 2002, *"La desviación de poder implica, como se desprende de la definición del artículo 83 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción y de la copiosa jurisprudencia a que ha dado lugar, una infracción del Ordenamiento Jurídico que se produce en los actos que, ajustados a la legalidad extrínseca, están inspirados en consideraciones ajenas al interés del servicio, por lo que la apreciación de este vicio requiere, no ya la simple confrontación con la regla de derecho, de los elementos objetivos del acto, como en la infracción del Ordenamiento Jurídico, sino la investigación de las intenciones subjetivas del agente público, para determinar si existe coincidencia entre el fin contemplado por la Ley y perseguido con la actuación administrativa, que habrá de ser puesto de relieve por esa indagación de los móviles psicológicos de su autor, de su adecuación al fin"*.

Continua la STS de 23 de febrero de 2012, Rec. 2921/2008, en los siguientes términos: *"Como recuerda la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2008 (casación 3031 / 2004) citando anteriores pronunciamientos de 16 de marzo de 1999 y 5 de febrero de 2008, deben considerarse como notas caracterizadoras de la desviación de poder las siguientes:*

a) *El ejercicio de las potestades administrativas a las que la desviación de poder afecta como límite abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos en la Administración Pública, en la extensión que confiere la*



legislación confiere a este concepto (artículos 2 de la Ley 30/1992 , de 26 de noviembre y 1.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo).

b) *La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en las Sentencias de 5 de octubre de 1983 y 3 de febrero de 1984) .*

c) *El ámbito más específico para su desarrollo es la actividad discrecional de la Administración, pero no existe obstáculo apriorístico para que se aplique a la actividad reglada, ya que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios, infracción del ordenamiento jurídico por desviación del fin público específico asignado por la norma e ilegalidad en los elementos reglados del acto (STS de 5 de noviembre de 1978) .*

d) *La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder, de conformidad con las Sentencias de 30 de noviembre de 1981 y de 10 de noviembre de 1983) .*

e) *En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, Siendo generalmente grave la dificultad de la prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados - artículo 1249 del Código Civil - de los que con un enlace lógico acorde con el criterio humano - artículo 1253 del Código Civil - derive la persecución de un fin no previsto en la norma (STS de 10 de octubre de 1987).*

f) *La prueba de los hechos que sirven de soporte a la desviación de poder corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidante del acto (artículo 1214 del Código Civil), aunque la regla debe conjugarse con el criterio de la facilidad de la prueba, en virtud del principio de la buena fe procesal, considerando que hay hechos fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, son de difícil acreditamiento para la otra (STS de 23 de junio de 1987).*

e) *Es necesaria la constatación, en la génesis del acto administrativo, de una disfunción entre el fin objetivo que corresponde a su naturaleza y a su integración en el ordenamiento jurídico y el fin instrumental propuesto por el órgano administrativo del que deriva, disfunción que cabe apreciar tanto si se persigue un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que se pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquélla (SsTS de 11 de octubre de 1993 y 22 de abril de 1994)".*

Realizadas las anteriores consideraciones jurídicas acerca de la desviación de poder, procederemos a continuación a analizar los elementos objetivos que pone de manifiesto el expediente administrativo a fin de constatar si cabe deducir en la intención que preside la actuación de la Administración demandada el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

A tal efecto, resulta sumamente reveladora la motivación que expresa Memoria del proyecto refundido de "Regeneración de playa y Parque Marítimo de Baños del Carmen y adenda de adaptación y mejora de las actuaciones previstas (Málaga)", que fue aprobado por Orden Ministerial del Subsecretario del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, dictada por delegación de la Ministra, de 31 de mayo de 2010 . El proyecto vino motivado por el progresivo deterioro de la playa, especialmente en la zona de poniente, que determinaba su pérdida paulatina por falta de aportes de los arroyos próximos, y su aspecto general de abandono que afectaba también a las instalaciones de balneario. La regeneración de la playa requeriría, según indican las "particularidades que regirán en la contratación del proyecto" , entre otras demoliciones, la de los astilleros de Nereo, situados en los terrenos de la concesión demanial que nos ocupa, con el objeto de permitir el paso de los usuarios entre las playas de Pedregalejo y la playa situada al este de las instalaciones del Balneario y la ampliación de la superficie de playa seca en el tramo de playa contiguo al roquedal por el este. Asimismo, se proyectan obras de consolidación de las playas mediante dos espigones transversales a la playa, un pie de playa y dos pequeños espigones de apoyo, y la construcción de un nuevo muro de hormigón armado en el tramo del paseo marítimo, tres nuevos accesos con rampas adaptadas para su uso por minusválidos y dos muros de ribera de gravedad. La regeneración de la playa requiere el vertido de unos 90.000 metros cúbicos de arena de procedencia terrestre.

Asimismo, se proyectan diversas obras de recuperación para el uso ciudadano del "Los Baños del Carmen", de los que queda el balneario y los restos de una terraza. De hecho el objetivo publico es recuperar para el uso



ciudadano ese espacio que forma parte de la memoria colectiva, pero de cuyo pasado queda como presente un edificio "el balneario" y los restos de una terraza, algunas palmeras y una arboleda de eucaliptos.

En definitiva, se proyectan una serie de obras, infraestructuras y servicios que tienen por objeto, por lo que aquí nos interesa la regeneración de la playa y, con ello, la preservación y protección del medio ambiente en el litoral, y la recuperación para el uso ciudadano del "Los Baños del Carmen".

Se trata, por tanto, de un proyecto de obras que sirve a la obligación impuesta a la Administración del Estado por el artículo 46 de la Ley de Costas, de garantizar la integridad del dominio público marítimo terrestre y la eficacia de las medidas de protección sobre el mismo, y tiene por objeto la protección del medio ambiente, constitucionalmente proclamada en el artículo 45 de la Constitución, que obliga a todos los poderes públicos, además de un evidente interés público por lo que respecta a la recuperación para el uso ciudadano del "Los Baños del Carmen".

La constatación de la veracidad de tal afirmación y la acomodación de los fines realmente perseguidos en el ejercicio de su potestad administrativa que nos ocupa a los previstos el ordenamiento jurídico, resulta del contenido y finalidad del proyecto refundido, aprobado por la orden ministerial recurrida.

Por todo ello, no se aprecia en la actuación administrativa impugnada desviación de poder, ni que deba prevalecer la pretendida conservación del patrimonio histórico andaluz, que se corresponde con la actividad declarada, catalogada e inscrita como de interés etnográfico que constituye la actividad de carpintería de ribera que se desarrolla en las playas de Pedregalejo en Málaga, que se lleva a cabo en pequeños talleres, "chambaos" playeros y en las instalaciones de los Astilleros Nereo (Orden de 19 de febrero de 2008 de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía), sobre el interés público en la protección del medio ambiente y la preservación de la integridad del dominio público marítimo terrestre y la recuperación para el uso ciudadano del "Los Baños del Carmen", que encarna proyecto refundido aprobado por Orden Ministerial del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de 31 de mayo de 2010.

Es más, el reconocimiento de la competencia exclusiva del Estado sobre el dominio público estatal (SSTC 227/1988 y 149/1991), presupone la existencia de un interés general superior al que representan las competencias autonómicas, sin perjuicio de que el ejercicio de las competencias estatales deba mantenerse dentro de sus límites propios. De modo que, en principio, ha de otorgarse preferencia al titular de la competencia prevalente -en este caso el Estado-, que desplaza los demás títulos competenciales autonómicos en concurrencia, cuando esta se produzca, sin perjuicio de la necesidad de desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas (STS de 29 de junio de 2012, rec. 1819/2009).

En este sentido, no debe desconocerse que la preservación del dominio público constituye una expresa necesidad jurídico positiva constitucional, pues de ella depende su propia existencia, y, como es obvio, el mandato del constituyente, recogido en el artículo 132 de la Constitución en relación con sus artículos 149.1.1 y 149.1.23, quedaría burlado si el Estado tolerase que la naturaleza y características del dominio público estatal en la zona marítimo terrestre fuera destruido o deteriorado. Y esta finalidad, que aparece en el artículo 45 de la Constitución no puede alcanzarse sin limitar y condicionar la utilización y uso del dominio público e, incluso, de los terrenos colindantes, e incidir sobre las competencias autonómicas en lo que al espacio demanial se refiere, dada la titularidad estatal del mismo.

Por último, la parte demandante no ha aportado ningún elemento de prueba capaz enervar las consideraciones expresadas y extraídas del proyecto refundido de *"Regeneración de playa y Parque Marítimo de Baños del Carmen y adenda de adaptación y mejora de las actuaciones previstas (Málaga)"*, acerca del objeto y finalidad perseguida por en su ejecución y sobre la necesidad de disponer de los terrenos ocupados por los Astilleros Nereo para la ejecución del indicado proyecto.

En cualquier caso, tal y como afirma el Abogado del Estado, dado la protección que dispensa la inscripción en el Catalogo General del Patrimonio Histórico Andaluz en el caso que nos ocupa se refiere a la actividad de interés etnológico de "Carpintería de Ribera de las Playas de Pedregalejo en Málaga", nada impide que la actividad de tal naturaleza que se desarrollaba en los Astilleros Nereo, pueda seguir siendo desarrollada en otro emplazamiento de las playas de Pedregalejo.

Por todo lo expuesto, no procede estimar vulnerada la normativa antes expresada ni que incurra la Administración del Estado en desviación de poder.

En consecuencia, debe ser desestimado el recurso contencioso-administrativo.

NOVENO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, al no apreciarse que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.



FALLAMOS

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don Vicente Ruigómez Muriedas, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE VECINOS DE LOS BAÑOS DEL CARMEN DE MÁLAGA, contra la Orden Ministerial de 6 de octubre de 2011, dictada por la Secretaria General Técnica, por delegación de la Ministra de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 31 de mayo de 2010 que aprueba el "Proyecto refundido del parque marítimo de los baños del Carmen" en Pedregalejo, Málaga.

Se condena al pago de las costas causadas a la parte demandante.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación a interponer ante el Tribunal Supremo, cuya preparación debe hacerse ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, 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 CEJUDJ